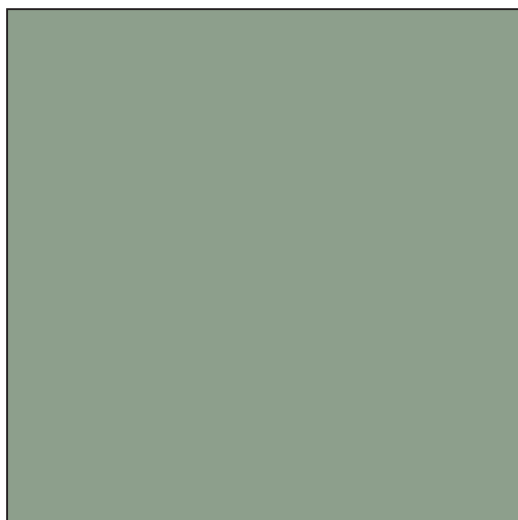


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

104



STORIA E DIRITTO

*ESPERIENZE
A CONFRONTO*

FIRENZE, 18-19 OTTOBRE 2012



GIUFFRÈ EDITORE

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

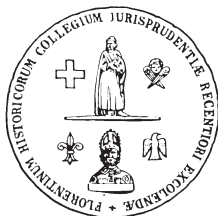
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOQUATTRESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOQUATTRESIMO

STORIA E DIRITTO

ESPERIENZE A CONFRONTO

ATTI DELL'INCONTRO INTERNAZIONALE DI STUDI
IN OCCASIONE DEI 40 ANNI DEI QUADERNI FIORENTINI
FIRENZE, 18-19 OTTOBRE 2012

a cura di BERNARDO SORDI



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-18200-0

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

PREMESSA

Si pubblicano qui gli 'Atti' dell'Incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*, svoltosi a Firenze nell'Aula Magna del Rettorato, in piazza San Marco, nei giorni 18 e 19 ottobre 2012, secondo il seguente programma:

Giovedì 18 ottobre, ore 10,30

Storiografie giuridiche nazionali: lo stato dell'arte

Il quadro europeo.

Intervengono: CLAUDIA STORTI, JEAN-LOUIS MESTRE, MARTA LORENTE SARIÑENA, MICHELE LUMINATI

Presiede BERNARDO SORDI

ORE 15

Intervengono: HEIKKI PIHLAJAMÄKI, DAG MICHALSEN

Oltre l'Europa

Intervengono: ARNO DAL RI JR., VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, RAFAEL ESTRADA MICHEL, LIHONG ZHANG

Presiede PIETRO COSTA

Venerdì 19 ottobre, ore 9

Storia del diritto e scienza giuridica

Intervengono: AURELIO CERNIGLIARO, CARLOS PETIT, PIO CARONI, JEAN-LOUIS HALPÉRIN, MICHAEL STOLLEIS, MICHEL TROPER, JOACHIM RÜCKERT, RICARDO MARCELO FONSECA

Venerdì 19 ottobre, ore 15

Oltre le storie nazionali: spazi e confini nella storia giuridica

Intervengono: Italo BIROCCHI, BARTOLOMÉ CLAVERO, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

Conclude PAOLO GROSSI

Presiede GIORGIO GAJA

Il Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno ed i *Quaderni fiorentini* desiderano qui ringraziare il Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Chiar.mo Prof. Alberto Tesi, che ha voluto portare il suo caldo saluto al Convegno nel pomeriggio di venerdì 19 ottobre e l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze che non ha fatto mancare, anche in questa occasione, il suo appoggio ad una testata cui ormai da molti anni va il Suo partecipe sostegno.

Negli 'Atti' si pubblica anche l'intervento, già diffuso tra i partecipanti nei due giorni di lavoro, di Clara Alvarez, che per motivi familiari non poté assicurare la sua personale partecipazione.

B.S.

BERNARDO SORDI
PAROLE INTRODUTTIVE

1. Qual è il significato. Qual è l'intendimento di questo nostro incontro di oggi?

Ce lo siamo chiesti più volte, nella lunga fase di preparazione (*), quando occorreva disegnare una minima architettura per questa riunione; quando occorreva formulare, ai nostri illustri relatori, domande precise, orientando le loro relazioni verso risposte che fossero, quanto più possibile, convergenti e coerenti.

Io credo che questo nostro incontrarsi, oggi e domani, a Firenze, da tante, diverse, parti del mondo, abbia tre, principali, obiettivi.

L'occasione celebrativa, innanzi tutto, dei quaranta anni di una rivista, che sin dall'inizio ha cercato di incanalare la ricerca storico-giuridica su di un piano transnazionale.

Non una vuota celebrazione, beninteso, ma al contrario un'occasione di ripensamento che consentisse — ecco il secondo obiettivo — di stilare un inventario ed, insieme, un bilancio critico del percorso fatto, in Europa e fuori d'Europa, nel campo articolato e quanto mai variegato della storiografia giuridica.

Infine, — ecco il terzo obiettivo — il tentativo di elaborare un programma futuro di ricerca condivisa, o più modestamente, il tentativo almeno di fissare un tavolo di problemi comuni, che mettesse, di nuovo, al centro del dibattito, i nodi da sempre più delicati del nostro lavoro:

(*) Il convegno è, come sempre nelle iniziative fiorentine, il frutto corale degli storici riuniti nel Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Tanto più in questo caso in cui l'occasione dell'incontro scaturisce direttamente dai 40 anni dei *Quaderni*, la testata e la voce stessa del *Centro*. Un particolare ringraziamento devo però all'intelligente e fattiva collaborazione di Irene Stolzi, al supporto di Massimiliano Gregorio e Marco Sabbioneti, al decisivo sostegno operativo di Alma Lelli e Anna Maria Danielli. Senza il loro aiuto, il peso organizzativo non sarebbe stato sopportabile.

— il nesso tra storia del diritto e scienza giuridica, da un lato;
 — la questione degli spazi politici di riferimento delle nostre indagini ricostruttive, dall'altro.

Vi garantisco una brevissima riflessione su questi tre, diversi, obiettivi.

Brevissima, per il motivo semplice che questa non è una tribuna per fiorentini. Firenze, oggi e domani, è in ascolto; in ascolto degli illustri colleghi che ci hanno fatto l'onore di accettare, generosamente, il nostro invito. Una generosità di cui siamo loro, davvero, molto grati.

2. Quaranta anni di una 'rivista-progetto', connotata da una intima anima storico-giuridica, ma pure saldamente ispirata all'unità della scienza giuridica, costituivano un periodo di tempo ragguardevole, che doveva essere segnalato. Un anniversario che non poteva passare inosservato nel nostro, sempre più vorticoso, calendario scientifico.

Ed un anniversario, lasciatemelo dire, che può essere — e deve essere — registrato con oggettivo compiacimento.

Quaranta anni dopo, la frontiera del diritto moderno, agli inizi degli anni '70, in Italia, largamente inesplorata e quasi inaccessibile, è stata varcata in forze, da tanti, diversi, centri di studio, con ricerche sempre più a tappeto, tutt'altro che esaurite, certo, ma già in grado di solcare la complessità della modernità giuridica, almeno nei settori più vitali del suo percorso. Basterebbe a dimostrarlo la ricchezza della produzione manualistica, del tutto assente quaranta anni fa.

Quaranta anni dopo, il colloquio tra storici e giuristi, invocato, agli inizi degli anni '70, per un comune superamento di un ormai vieto positivismo giuridico e di una grammatica di concetti giuridici sempre più spenta e formalistica, è un dato di fatto praticato, coltivato, diffuso. Lo storico del diritto, se indossa sino in fondo i suoi panni di giurista storico, si sente — ed è riconosciuto — giurista tra i giuristi.

Quaranta anni dopo, l'intima convinzione della profonda storicità del diritto resta la chiave di volta per questo lavoro comune. Lavoro comune, perché inteso a cogliere il senso profondo delle trasformazioni — 'il senso della linea', per riprendere la bella

immagine di Paolo Grossi —, anche se diversi sono e devono restare gli obiettivi e gli strumentari: di tipo necessariamente retrospettivo, per il giurista storico; ordinanti del presente, invece, per il giurista che studia il diritto vigente.

Con il risultato, non di poco conto, che le palesi forzature continuistiche dell'*Usus hodiernus Pandectarum*, in Italia, anche per la profonda sensibilità storicistica dei nostri colleghi romanisti, non hanno messo radici.

Quaranta anni dopo, chiusura positivistica ed orizzonte nazionalistico sono un lontano ricordo. Anche in questo caso, storici, giuristi, cultori delle scienze umane, hanno lavorato fianco a fianco per liberarsi del condizionamento, tutto ottocentesco, della sovranità e dei confini.

Non hanno subito all'improvviso l'irrompere del diritto sconfinato. Lo hanno, al contrario, anticipato, ampliando, passo a passo, lo sguardo comparativo.

Proprio la consapevolezza della storicità del diritto ha spinto, in modo irreversibile, storici e giuristi, spesso attraverso ricerche comuni e trasversali, verso una prospettiva di ricerca che assumesse il giuridico nella sua dimensione extrastatuale, nel suo svilupparsi anche fuori ed oltre la sovranità, nella sua dimensione culturale.

Anniversario da celebrare, dunque, ma non in modo rituale. La rivista per fortuna è viva e vegeta; ha appena pubblicato il suo 41° volume; ha un orizzonte denso di futuro di fronte a sé; riunisce, sabato mattina, il suo nuovo Consiglio scientifico internazionale.

Con la fine dell'anno, giunge al suo termine naturale il mandato di Pietro Costa, alla direzione dei Quaderni ed il mio alla direzione del Centro. Ho il piacere di annunciarvi che nuovi, validissimi, timonieri — Giovanni Cazzetta alla direzione dei *Quaderni*; Paolo Cappellini alla direzione del Centro — già sono stati designati.

Nella piena fedeltà alla linea originaria e nella armonica rotazione di una comunità di studiosi profondamente unita, un nuovo corso è alle porte.

3. L'occasione celebrativa deve, quindi, lasciare subito spazio — e spazio preponderante — al bilancio, al programma, ai progetti.

E non solo, evidentemente, per le ragioni sottese alla cronistoria

dei *Quaderni fiorentini*, che vivono questo particolare momento di transizione, ma per l'intero nostro sapere storico-giuridico.

Ci è sembrato che un momento di riflessione, il più possibile allargato, il più possibile non italiano, fosse indispensabile per capire, meglio di quanto già si sappia, cosa si era fatto e cosa si intendeva fare altrove, fuori d'Italia, fuori d'Europa; quanto avesse resistito la pregiudiziale nazionalistica, e quanto al contrario si fosse aperto lo sguardo comparativo; quali ulteriori margini di sviluppo potesse avere una *europäische Rechtsgeschichte* à la Helmut Coing, con il suo inconfondibile pernio continentale, proiettata, da questo unitario spazio europeo, a mettere in luce i diversi percorsi nazionali; quali nuove declinazioni si stessero invece preparando, in un momento che vive una fase di vorticoso circolazione, a tutto campo, degli istituti giuridici e pure, di conseguenza, anche una loro crescente ibridazione.

Per capire, in sostanza, quali nuovi approcci, nuove sensibilità, nuove linee di ricerca, nuovi interessi cronologici e geografici, in particolare nella dimensione extraeuropea, si stavano delineando.

Con, sullo sfondo, i problemi di sempre, di una disciplina dallo statuto epistemologico composito e perennemente conteso tra storia e diritto.

Scrivendo Grossi quaranta anni fa nella sua prima *Pagina introduttiva*: "colloquio tra i giuristi quasi per esprimere, insieme, il motivo centrale del foglio nascente, e l'esigenza forse più sentita della scienza giuridica di oggi, che deve, innanzi tutto, prima di guardare oltre, riflettere in se stessa e sul proprio assetto interiore".

La frase riflette perfettamente anche l'odierno presente, in cui i principi generali si annebbiano, la dogmatica mostra crepe sempre più profonde, lo stesso ordito di teoria generale sotteso ai singoli ambiti disciplinari mostra lacerazioni sempre più vaste, che allentano i confini tradizionali e mettono in discussione la stessa dicotomia tra pubblico e privato.

Un presente che offre un campo fertile e molte opportunità euristiche per uno storico demitizzatore di certezze.

Un presente, che talvolta, tuttavia, non consente di coltivare, sino in fondo, il colloquio con giuristi sempre più affaticati dall'approccio casistico; quell'approccio di taglio eminentemente esegetico, cui l'incessante accumularsi delle regole giuridiche, proprie di un

diritto sempre più tecnico e settoriale, sempre più sfrangiato, costringe il giurista di diritto positivo.

E c'è da chiedersi se anche noi storici, sui grandi temi della modernità, la costituzione, i diritti, i codici, l'amministrazione, il penale, la giustizia, l'economia, il lavoro, ed infine un tema su tutti, riassuntivo della stessa esperienza moderna, in occidente, lo Stato, siamo davvero riusciti a mettere sempre al passo le nostre domande con le trasformazioni incombenti.

Se siamo riusciti a decrittare, o almeno a seguire, il peso delle novità del presente, almeno quel tanto che fosse sufficiente a rinnovare i nostri interrogativi, a ripensare le domande che noi rivolgiamo al passato che studiamo.

Penso al mio settore di ricerca, quello dell'amministrazione e delle funzioni pubbliche: non c'è forse da valutare anche un certo, forse nostalgico, attardamento sulla demistificazione delle forme giuridiche e dei modelli concettuali ottocenteschi, le une e gli altri sempre meno operanti nel diritto vivente?

4. Preme, infine, anche una crescente sollecitazione che potremo definire 'geografica'.

Premono i nuovi spazi politici che si intrecciano tra globale e locale, prescindendo dai confini nazionali.

Preme l'esigenza di una inedita mappatura spaziale del diritto, che ridimensioni la prospettiva eurocentrica, sin qui assorbente.

Per molti storici della mia generazione, tanto più per quelli che come me si occupavano di storia del diritto pubblico e seguivano i percorsi weberiani del potere, l'universo mentale è sempre rimasto quello della *Western Legal Tradition*.

Da tempo — lo dimostra anche un recente numero monografico dei *Quaderni*, molto ben orchestrato da Pietro Costa —, lo sguardo e le ragioni degli 'Altri', della 'Non-Europa', si sono imposti come terreno storiografico di notevolissimo interesse, denso di ricadute conoscitive ed interpretative sulla stessa cultura giuridica occidentale.

Ci diranno gli autorevoli amici, impegnati nell'ultima sessione del convegno, se una *Global Legal History* può essere già oggi un obiettivo concreto. Ed in quel caso, quali nuove relazioni e quali

dialettiche si potranno fissare, tra piano globale e la tradizionale dimensione europea, nazionale, locale.

Come che sia — e attendiamo anche su questi profili risposte importanti da questo incontro —, il colloquio tra storici e giuristi, tra storici del diritto e cultori delle scienze umane, ha bisogno, oggi, da una parte e dall'altra, di un rinnovato impegno.

Di certo, non è momento di solitudini; di impegni appartati ed eruditi.

Non si può stare discosti.

Oggi, più che mai, lo storico del diritto deve sentirsi parte viva ed integrante della scienza giuridica, deve dividerne sino in fondo turbamenti e travagli, per fornire, dal proprio ambito disciplinare, le proprie risposte ai comuni interrogativi.

Anche in questo senso, mi pare, il messaggio dei *Quaderni* merita di essere continuato con vigore.

**STORIOGRAFIE GIURIDICHE NAZIONALI:
LO STATO DELL'ARTE.
IL QUADRO EUROPEO**

CLAUDIA STORTI

LA STORIOGRAFIA GIURIDICA ITALIANA DAL 1972 A
OGGI: STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE

Nella ricorrenza del quarantennale dei *Quaderni*, i colleghi fiorentini, come sempre promotori di iniziative di grandissimo rilievo, propongono di continuare la riflessione e il dibattito sull'*habitus* e sulle questioni — metodo, problemi e temi della ricerca — dello storico del diritto nel confronto tra le attuali tendenze italiane e internazionali. Tra bilancio del passato e manifestazione di aspirazioni e di prospettive per il futuro, l'occasione di presentare ai colleghi stranieri lo 'stato dell'arte' in Italia appare particolarmente propizia mentre si ripresenta con urgenza la necessità di ripensare alla funzione e al ruolo del giurista — 'chi è il giurista?' e 'quale' giurista? — nella società. Le ricadute di tale riflessione sono innegabili, non solo sulla ricerca, ma anche, e forse in primo luogo, sulla didattica e sulla formazione universitaria che sono parte integrante del nostro servizio di studiosi.

La ricognizione dei caratteri della nostra disciplina è compito arduo se si considerano l'ampiezza e la molteplicità degli elementi da esaminare e il rischio di cadere in una riduttiva semplificazione. La 'produzione' è stata ampia e variegata, quantunque il numero di ricercatori di professione sia tutto sommato esiguo, se commisurato a quello di molte altre discipline giuridiche.

A una prima valutazione, condivisa, come credo, dalla maggioranza dei colleghi, il bilancio della storiografia giuridica italiana degli ultimi quarant'anni è complessivamente positivo. La nostra disciplina si è distinta, dal punto di vista scientifico, per vivacità, serietà e continuo allargamento delle frontiere della conoscenza, e, dal punto di vista della didattica universitaria, per una coraggiosa assunzione di responsabilità nella formazione degli allievi delle Facoltà giuridiche. Tutto questo non ha, fortunatamente, annullato le diversità di

interessi, prospettive e metodi che connotano le diverse 'scuole' delle quali si compone la storiografia giuridica italiana e, da questo punto di vista, il rapporto tra particolare e universale e tra autonomia e unità, che è elemento costitutivo della storia della nostra cultura e della nostra civiltà, si è alimentato e rinvigorito nel confronto e/o nell'armonizzazione degli specifici valori e contributi.

A mio parere, oltre alla cultura, alle doti personali degli studiosi e al loro impegno, non solo strenuo, ma anche, in molti casi, metodologicamente raffinato sulle carte d'archivio e sui testi, il merito di questi risultati va, innanzitutto, ai maestri straordinari e, talora, straordinariamente severi, che abbiamo avuto la fortuna di incontrare come guide e che continuano ad assisterci con i loro insegnamenti di metodo, di rigore scientifico e di avidità di sapere.

In aggiunta, l'innegabile diversità dei timbri e dei temi della ricerca, che ha connotato e continua a connotare le diverse scuole italiane, non è mai stata inquinata, grazie alla serietà e al rigore nella 'lettura' delle fonti, da contrasti o 'separazioni' di carattere ideologico, tanto che appare sempre e comunque intenso il coordinamento tra colleghi di diversa origine e formazione in progetti nazionali, convegni e incontri di studio su prospettive d'indagine specifiche.

Infine, la discussione (talvolta anche aspra) sulle idee e sui risultati della ricerca non ha attenuato una certa solidarietà... (nel senso nobile del termine) corporativa. Una solidarietà che si è dimostrata, mi sembra, anche nel convinto e collettivo concorso alle due più recenti e, per motivi diversi, ciclopiche iniziative di alcuni nostri coraggiosissimi colleghi. Sotto la direzione scientifica di Paolo Cappellini, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti e Bernardo Sordi è appena stato pubblicato il volume *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto dell'Enciclopedia Italiana*, mentre è prossima la pubblicazione del *Dizionario dei giuristi italiani*, ideato e meticolosamente curato nella costruzione delle voci biografiche da Ennio Cortese, Italo Birocchi, Antonello Mattone e Marco Miletti. A ben vedere, i due progetti sono stati ispirati da prospettive, per così dire, complementari: da un lato, lo studio della cultura giuridica italiana come « rappresentazione » che il ceto dei giuristi ha offerto delle « dinamiche sociali » e con precipuo riguardo alla « visione dell'ordine e delle sue più varie articolazioni », alla « discussione dei suoi valori fondanti », alle « strategie di conservazione o trasformazione

degli assetti esistenti » (1); dall'altro, attraverso il 'genere' della biografia, con lo studio dei personaggi e della loro attività nel contesto storico di riferimento, si è mirato a « ricostruire il mondo complesso delle teorie giuridiche, del funzionamento delle istituzioni, nonché dell'elaborazione e applicazione dei testi normativi », a misurare il 'livello' della cultura giuridica italiana e l'apporto o l'incidenza della componente giuridica nella formazione culturale e istituzionale della storia d'Italia (2). Di bel nuovo, generale e particolare, l'uno e l'altro nell'incessante fluire del diritto, segnato da tappe sempre provvisorie, e nel confronto tra effettività e ideali.

Molto, proficuo lavoro, ma non solo questo. Non credo di esagerare nel dire che, in questo quarantennio, la disciplina storico-giuridica ha complessivamente oltrepassato la frontiera dell'isolamento' in cui sembrava relegata alcuni decenni orsono. Questo era nell'auspicio e nel programma di Paolo Grossi quando nel maggio 1971 stese il primo progetto per il rinnovamento della cultura giuridica, incentrato sulla riaffermazione della « storicità del fenomeno giuridico » e sul « riesame critico della teoria del diritto alla luce di un'istanza demitizzatrice di certezze finora inconcuse e ritenute indiscutibili » (3).

Affinata nel dibattito subito avviato da Paolo Grossi con i protagonisti del mondo giuridico del tempo e con i suoi primi allievi, Mario Sbriccoli e Pietro Costa (4), la 'sfida' all'indifferenza' positivista e dogmatica del giurista verso il destinatario finale dei suoi

(1) P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI, *Introduzione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, *Enciclopedia Italiana* ottava appendice, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 2012, pp. XXXI-XXXVI, in part. pp. XXXI-XXXII.

(2) Il progetto era stato presentato da I. BIROCCHI, *Repertori biografici recenti e storia del diritto. Un progetto di raccolta storica di giuristi italiani*, in *Quaderni fiorentini*, XXXXVII (2008), pp. 641-663, in part. p. 643.

(3) Grazie alle carte conservate nell'archivio del Centro di studi fiorentino, Paolo Cappellini ha offerto un utile strumento per la storia della nostra disciplina, ricostruendo le fasi progettuali e il dibattito sul programma di Paolo Grossi (P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, in P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introdotte. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 83), pp. V-XXVII, in part. pp. XII-XIII).

(4) Ivi, pp. XVI-XXI.

studi, la società, verso la ‘cultura’ (5) e le ‘scienze sociali’ (6) coinvolgeva studiosi di storia giuridica e del diritto vigente (7). La sfida stava nell’abbattere due ‘isolamenti’, o due ‘solitudini’, quello dello storico e quello del giurista, nel segno dell’« unitarietà della *scientia iuris* » (8) e dell’« universo giuridico » quantunque « nel rispetto delle competenze specifiche » (9). Per inciso, erano preoccupazioni, se non diffuse, almeno condivise e tra le personalità che si espressero in proposito non possiamo dimenticare un altro dei nostri più grandi maestri, Ennio Cortese, al quale dobbiamo anche la significativa rassegna ‘critica’ della storiografia giuridica italiana risalente al 1982 (10).

Occorreva, insomma, « dare un senso diverso al termine giurista » e riportarlo « al centro della dimensione culturale » (11). Il terreno comune ai giuristi storici, filosofi e positivi era individuato nel pensiero giuridico moderno, « inteso quale terreno di continuità, al di là di fratture legislative, tra presente e passato »: un ‘moderno’ che, « senza impossibili identificazioni cronologiche », si estendeva a tutto quanto nel tempo avesse avuto « diretta rilevanza per la comprensione del presente giuridico » (12). In tale prospettiva, come già indicato nella prima bozza dell’iniziativa e come dimostrano i percorsi successivi della rivista e della collana del *Centro* fiorentino, rivolgere lo sguardo indagatore al pensiero giuridico, « per sua natura insofferente alle confinazioni nazionali » (13), comportava, inoltre, superare i riduttivi orizzonti delle legislazioni nazionali — e

(5) Così nelle parole di Floriano d’Alessandro, *ivi*, p. XXII.

(6) Così nelle parole di Luigi Berlinguer, *ivi*, p. XV.

(7) Come rilevò allora Mario Sbriccoli, i giuristi positivi apparivano rinchiusi tra le « muraglie cinesi del linguaggio, della filologia, delle tecniche o delle fughe nei rispettivi specialismi », *ivi*, p. XX.

(8) *Introduzione* al primo numero dei *Quaderni fiorentini* P. GROSSI, *Trent’anni di pagine introduttive*, p. 4.

(9) P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi* [nt. 3], p. XI.

(10) *Ivi*, p. XXI. Mi riferisco all’articolo di E. CORTESE, *Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano*, in *Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 785-858, ora in *Id.*, *Scritti*, a cura di I. BIROCCHI e U. PETRONIO, t. I, Spoleto, Centro italiano di Studi sull’Alto Medioevo, 1999, pp. 619-858.

(11) P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi* [nt. 3], p. XXI.

(12) *Ivi*, p. XXIII e in P. GROSSI, *Trent’anni di pagine introduttive* [nt. 3], pp. 5-6.

(13) Così P. GROSSI, nella *Pagina introduttiva* del 2001, *ivi*, p. 242.

dell'incomunicabilità tra i rispettivi studiosi — per riaffermare fino ai giorni nostri i percorsi del diritto nella sua originale e tradizionale « dimensione europea » (14).

Il progetto 'fiorentino', fin dal suo esordio, impresse un'accelerazione alla riflessione degli studiosi sul proprio *ubi consistam*, sulla propria funzione di *giuristi* e sulle potenzialità di una ricerca orientata alla storicizzazione del diritto tramite l'affinamento degli strumenti critici della comparazione, relativizzazione, differenziazione, termini che in quegli anni rappresentavano una novità e una sfida nel dibattito metodologico e ancora ai nostri giorni servono a scriminare tra buona e cattiva storia. Sappiamo bene come l'imponente operazione di rinnovamento avviata da quel progetto, perseguita e proseguita tenacemente da Paolo Grossi e dai suoi allievi per un quarantennio, abbia portato il *Centro di studi* di Firenze a diventare per gli studiosi italiani e stranieri un punto di riferimento di altissimo profilo. I convegni e gli incontri di studio organizzati dal *Centro* e la pubblicazione dei *Quaderni* e della *Biblioteca*, focalizzati precipuamente, ma non esclusivamente, sulla storia del pensiero giuridico in dialogo e 'confronto' con il diritto positivo e le discipline umanistiche, hanno contribuito, nel corso degli anni, anche ad allargare gli interessi di tutti noi, su temi, questioni e materiali della storia giuridica fino agli anni Settanta rimasti inesplorati.

Il terreno sul quale cadeva il seme gettato da Paolo Grossi era fertile. La tendenza al superamento dei limiti di una storia confinata alla filologia, all'erudizione e alla dogmatica appare evidente nelle pubblicazioni di alcuni dei nostri più grandi maestri che stavano singolarmente ed autonomamente sperimentando nuovi percorsi metodologici per l'approfondimento di ambiti di indagine fondamentali per la riflessione sul ruolo del giurista e del diritto. Alcuni dei temi e delle prospettive fatti oggetto di studi pionieristici negli

(14) « Lo scopo, sia del Centro sia della Rivista, è quello di costituire un banco comune di lavoro per i cultori del diritto positivo e per gli storici del diritto, italiani e stranieri, i quali, assumendo ad oggetto l'evoluzione del pensiero giuridico moderno, contribuiscano a cogliere nella sua fondazione autentica, cioè nella sua storicità, l'esperienza giuridica contemporanea esaminata senza paraocchi nazionalistici, ma in un'ampia dimensione europea ». Così il progetto di Paolo Grossi nella prima stesura del 1971 ora in P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi* [nt. 3], pp. VIII-IX. Cfr., per le successive elaborazioni del testo originario, *ibidem*, pp. XIII ss.

anni Sessanta e Settanta stavano aprendo nuovi scenari alla ricerca storica. Basti pensare agli studi sulla giustificazione del potere normativo e sull'interpretazione della norma giuridica, sulla sovranità, sul processo e sulle istituzioni giudiziarie, che hanno indagato sull'argomentare dei giuristi per la costruzione e la declinazione di categorie concettuali nel contrappunto e nella continua tensione tra le polivalenti o contrastanti ragioni del diritto e/o le ragioni del potere. Da un punto di vista diacronico, i nuovi percorsi della ricerca di quegli anni coinvolsero tutto l'arco della storia giuridica dal tardo antico alla codificazione ⁽¹⁵⁾, mentre si accentuava l'orientamento verso l'età moderna ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Tra i precorrittori del rinnovamento, oltre a Francesco Calasso, la cui visione innovativa sull'età del diritto comune è stata approfonditamente studiata, dobbiamo ricordare Giulio Vismara, sulla cui attività scientifica rinvio a A. CAVANNA, *Il castello dalle sette torri (a proposito dei sette volumi di Scritti di storia giuridica di Giulio Vismara)*, ora in Id, *Scritti (1968-2002)*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 1269-1331. Per il resto, mi limito ad un mero elenco cronologico delle monografie pubblicate 'intorno' al fatidico 1972, senza riguardo agli articoli pubblicati nelle riviste: D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1956 e 1964; V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I, *Le premesse*, Milano, Giuffrè, 1956; P. GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'Alto Medioevo italiano. Struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Firenze, Le Monnier, 1957; V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori*, Milano, Giuffrè, 1958; M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Contributo alla storia della famiglia medievale*, Milano, Giuffrè, 1961; R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, Napoli, Jovene, 1961-1965; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1962-1964; V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè, 1962; D. MAFFEI, *La donazione di Costantino nei giuristi medievali*, Milano, Giuffrè, 1964; P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963; E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, Bulzoni, 1966; M. CARVALE, *Il Regno normanno di Sicilia*, Milano, Giuffrè, 1966; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano, Giuffrè, 1966-1970; A. CAVANNA, *Fara, sala, arimannia nella storia di un vico longobardo*, Milano, A. Giuffrè, 1967; P. UNGARI, *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1967; M. BELLOMO, *Problemi di diritto familiare nell'età dei Comuni. Beni paterni e pars filii*, Milano, Giuffrè, 1968; M. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo*, Milano, Giuffrè, 1969; P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*, Milano, A. Giuffrè, 1969 (rist. 2002); M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi*

La riflessione sempre più approfondita in tali direzioni si è concretizzata nei lavori dei maestri e dei loro allievi che hanno fatto crescere importantissime collane di testi e di fonti e riviste facenti capo per lo più alle singole scuole radicate nei maggiori Atenei italiani (17), nonché in iniziative svolte in collaborazione con centri di ricerca stranieri (18).

nell'età comunale, Milano, Giuffrè, 1969; U. SANTARELLI, *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970; M. ASCHERI, *Un maestro del "mos italicus": Gianfrancesco Sannazari della Ripa (1480 c.-1535)*, Milano, Giuffrè, 1970; F. LIOTTA, *La continenza dei chierici nel pensiero canonistico classico: da Graziano a Gregorio IX*, Milano, Giuffrè, 1971; M. ASCHERI, *Saggi sul Diplomatario*, Milano, Giuffrè, 1971; A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, Giuffrè, 1971; V. PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*, Milano, Giuffrè, 1971-1974; U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano, Giuffrè, 1972; G. S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti*, I, *L'obbligo "ex lege" dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, Torino, Giappichelli, 1972; V. PIANO MORTARI, *Il potere sovrano nella dottrina giuridica del secolo XVI*, Napoli, Liguori, 1973; M. SBRICCOLI, *Crimen lesae maiestatis, Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974; P. UNGARI, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia. Lezioni*, Roma, Bulzoni, 1974; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia. 1796-1942*, Bologna, Il Mulino, 1974; P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974; G. S. PENE VIDARI, *Il contratto d'assicurazione nell'età moderna*, Milano, Giuffrè, 1975; A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia: le origini lombarde*, Milano, Giuffrè, 1975; G. VILLATA DI RENZO, *La tutela. Indagini sulla scuola dei glossatori*, Milano, Giuffrè, 1975; R. AJELLO, *Arcana juris, Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976; V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema, Con un'appendice di testi*, Napoli, Liguori, 1976²; M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, Milano, Giuffrè 1976, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

(16) Il quadro degli studi di storia giuridica di età moderna era però ancora scarno a giudizio di Adriano Cavanna quando nel 1983 ne stilò un bilancio (*La storia del diritto moderno, secoli 16.-18., nella più recente storiografia italiana*, Milano, A. Giuffrè, 1983).

(17) Una ricognizione delle principali iniziative editoriali si trova in P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'historiographie juridique en Italie*, che si può consultare on line [Clio@Themis numero 1](mailto:Clio@Themis.numero.1). Basti pensare ai volumi inseriti nelle collane facenti capo alle Università Italiane e a i poli della ricerca ad esse collegati (Storia e diritto: studi e testi, *Ius nostrum*, Quaderni di studi senesi, Seminario giuridico dell'Università di Bologna, Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano, I libri di Erice, Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento, Pubblicazioni dell'istituto di storia del diritto italiano ora Publi-

Rafforzata l'intesa tra storici del diritto medievale e moderno e storici del diritto romano con il nuovo statuto del 1987 della Società Italiana di Storia del Diritto ⁽¹⁹⁾, un'ulteriore tappa fondamentale

cazioni della Sezione di storia del diritto medievale e moderno, EUM, Storia. Diritto), nonché alla collana diretta da Umberto Santarelli *Il diritto nella storia. Testi* (ed. Giappichelli). Per il diritto penale, non si può dimenticare l'ampia partecipazione di storici del diritto agli incontri di studio e alle pubblicazioni da anni curati e diretti da Sergio Vinciguerra per la collana *Casi, fonti e studi per il diritto penale* (ed. CEDAM).

⁽¹⁸⁾ Cfr. ad es. nella collana *Comparative Studies in continental and Anglo-american legal History, The courts and the development of commercial law*, ed. by V. PIERGIOVANNI, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; *The growth of the bank as institution and the development of money-business law*, ed. by V. PIERGIOVANNI, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; *From lex mercatoria to commercial law*, ed. by V. PIERGIOVANNI, Berlin, Duncker & Humblot, 2005 e in *The Origins of the Modern State in Europe, The trial jury in England, France, Germany 1700-1900*, ed. by A. PADOA SCHIOPPA, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; *Legislation and Justice*, ed. by A. PADOA-SCHIOPPA, Oxford, Clarendon Press, 1997. Preceduta da due Convegni internazionali del 1977 e 1979 (*Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier*, Milano, Giuffrè, 1979; *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1980), negli anni Novanta, una proficua serie di incontri di studio tra gli istituti storico-giuridici di Milano e Montpellier, la Robbins Collection di Berkeley (Cal) e il Max-Planck-Institut di Francoforte portò alla pubblicazione dei volumi di impianto comparatistico *Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.-20. Jahrhundert)*, hrsg. A. GOURON, L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1994; *Europäische und Amerikanische Richterbilder*, hrsg. A. GOURON, L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1996; *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, hrsg. A. GOURON, L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON, Frankfurt am Main 1998; *Officium advocati*, hrsg. L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2000; *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, hrsg. B. DURAND, L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON, Frankfurt Am Main, Vittorio Klostermann, 2005.

⁽¹⁹⁾ Si veda lo statuto del 1987 con le modificazioni del 2012 (www.sistordir.it). Mentre negli anni più risalenti gli incontri di studio comuni erano stati più sporadici (*La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, Olschki, 1966 (Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto); *La critica del testo*, Firenze, L. S. Olschki, 1971 (Atti del secondo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto); *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, L.S. Olschki, 1977 (Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto); *Diritto e potere nella storia europea, Quarto Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Firenze, Olschki, 1982 (Atti del congresso tenuto a Napoli nel 1980); *La proprietà e le proprietà*. Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985, a cura di E. CORTESE, Milano, A. Giuffrè, 1988, (Società

della storiografia giuridica si compì, con ricorrenza, per così dire, ciclica, di bel nuovo a Firenze nel 1992.

Mentre erano in corso i lavori per la riforma della didattica delle facoltà di giurisprudenza, il dibattito sull'insegnamento della storia coinvolse, oltre ai protagonisti della storia giuridica italiana e straniera ⁽²⁰⁾, giuristi positivi (basti pensare agli interventi di Natalino Irti e di Gustavo Zagrebelsky) e studiosi e docenti delle scienze storiche e umane di diverse aree degli studi universitari. La rilettura degli atti di quell'incontro appare ancor oggi di primario interesse sotto molti punti di vista: mi limiterò ad indicarne un paio. Da un lato, trapelò il perdurante 'sospetto' di fondo dello storico, innan-

italiana di storia del diritto); *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Erice, 22-25 novembre 1988, a cura di M. MARRONE, Palermo, Arti grafiche siciliane, 1992 (Società italiana di storia del diritto); *Congresso internazionale sul tema I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 17-19 ottobre 1994, Napoli, Jovene, 1997 (Società italiana di storia del diritto); *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica*. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998), Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 2001; *Il diritto fra scoperta e creazione: giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto, Napoli, 18-20 ottobre 2001, a cura di M. G. DI RENZO VILLATA, Napoli, Jovene, 2003. Dal 2004, tali iniziative si sono svolte con cadenza annuale: *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*. Incontro di studio, Padova 25-26 novembre 2005, a cura di L. GAROFALO, Napoli, Jovene, 2007; *Il ragionamento analogico: profili storico-giuridici*. Atti del Convegno, Como, 17-18 novembre 2006, a cura di C. STORTI, Napoli, Jovene, 2010; *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*. Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, Napoli, Jovene, 2010. I volumi degli Atti degli anni successivi sono di prossima pubblicazione: *La responsabilità del giudice. Prospettive storiche e attuali* (Foggia-Trani, 14-15 novembre 2008); *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale* (Brescia, 16-17 ottobre 2009); *La certezza del diritto nell'esperienza storica e attuale* (Modena, 2-4 dicembre 2010); *L'ordine costituzionale come problema storico* (Parma, 15-16 dicembre 2011); *Persone e status nelle prassi giuridiche* (Napoli, 22-23 novembre 2012).

⁽²⁰⁾ *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 6-7 novembre 1992, a cura di P. GROSSI, Milano, Giuffrè, 1993 (Quaderni fiorentini, 42). Oltre naturalmente a Paolo Grossi, promotore dell'iniziativa, vi furono interventi di G. Vismara, M. Bellomo, A. Cavanna, V. Piano Mortari, E. Cortese, R. Ajello, A. Padoa Schioppa, M. Sbriccoli e, nella discussione, di G. Archi, M. Fioravanti, F. Martino, G. S. Pene Vidari, E. Spagnesi e G. Santini. Gli stranieri furono P. Caroni, M. Stolleis, M. Quenet, B. Clavero, C. Petit. Le conclusioni furono affidate a L. Berlinguer.

zitutto dello storico delle istituzioni, nei confronti degli strumenti e del linguaggio dello storico del diritto, una barriera che, nonostante relevantissime eccezioni, talora si ripresenta ancor oggi ⁽²¹⁾. Dall'altro, allora come ora, si agitavano sullo sfondo profonde preoccupazioni per il rapporto tra società e diritto e per la tenuta delle istituzioni e dell'assetto costituzionale: inevitabilmente, il convitato di pietra al tavolo della discussione fu il ruolo e la funzione del giurista.

Nella riaffermazione dell'inscindibilità di didattica e ricerca, che ha connotato la scienza giuridica fin dalle origini dell'istituzione universitaria (ed ora potrebbe di bel nuovo essere messa a rischio dall'introduzione di *curricula* di carattere meramente 'professionalizzante'), tale dibattito, impostato per rispondere alla domanda di Paolo Grossi « *quale didattica* sia necessario costruire, a vantaggio di *quale giurista* », affrontò da un punto di vista « teorico e metodologico » il problema degli « strumenti », dei « destinatari » e delle « prospettive dell'insegnamento storico-giuridico » e delle sue articolazioni disciplinari ⁽²²⁾. In quell'occasione fu consacrato l'orientamento, inaugurato da nuovi manuali, verso una storia del diritto europeo quale spazio e dimensione di una civiltà giuridica 'a vasi comunicanti' pur nella straordinaria varietà di manifestazioni del diritto e del pensiero giuridico nel tempo e nello spazio ⁽²³⁾ e si aprì la via ad una sempre più accurata considerazione del rapporto e

⁽²¹⁾ Si può intravedere un tale atteggiamento nelle riflessioni sottese all'intervento di una storica delle istituzioni, E. Fasano Guarini, che pur ha dato gran rilievo nei suoi scritti alle dinamiche giuridiche (ivi, pp. 285-298), ma anche in quelli di Ovidio Capitani e Raffaele Romanelli. Alcuni di noi, tra i quali, innanzitutto, Vito Piergiovanni, Gian Savino Pene Vidari e Mario Ascheri, hanno sperimentato fin dagli anni Ottanta le asperità, ma anche le grandi soddisfazioni in termini di crescita e approfondimento della ricerca, di un dibattito a viso aperto con gli storici delle istituzioni, più aperti al dialogo con i giuristi, tra i quali, innanzitutto, Giorgio Chittolini e Gabriella Rossetti (instancabile animatrice degli incontri e delle pubblicazioni di *Europa mediterranea*) sulle istituzioni e le fonti normative del basso medioevo.

⁽²²⁾ Così nelle parole di Mario Sbriccoli, in *L'insegnamento della storia* [nt. 20], pp. 117-118.

⁽²³⁾ In particolare già nel 1979 era stato pubblicato il manuale di A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, le fonti e il pensiero giuridico* 1, Milano, Giuffrè, 1979, ampliato nelle successive edizioni e nel 1980 quello di V. PIANO MORTARI, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli, Liguori, 1980. M. BELLOMO, dopo la prima

della dialettica tra teoria e prassi. La difficilissima opera di ideazione e sistemazione sottesa alla pubblicazione dei manuali, proseguita dopo il 1992, ha prodotto testi molto differenti tra loro e originali nella struttura e nelle proposte dei temi e delle prospettive ritenute dagli autori utili per coltivare e formare nei nostri studenti una mentalità analitica e critica. In alcune opere, le specificità della storia del diritto 'italiano' sono state rappresentate nell'alveo dell'esperienza giuridica europea negli aspetti unitari o nelle peculiarità delle singole componenti culturali o manifestazioni istituzionali ⁽²⁴⁾. In altre, l'esperienza giuridica è stata rivista in tutta la sua complessità e nel continuo articolarsi, concorrere ed intrecciarsi della molteplicità delle sue componenti essenziali: dottrina, consuetudine e legislazione, giustizia (e produzione 'giudiziaria' del diritto), prassi ⁽²⁵⁾.

Mentre nei fatti la realizzazione di un'Unione Europea, irreversibilmente avviata, appariva nel 1992 ancora lontana, lo storico del diritto, non diversamente dal filosofo, era, tra i giuristi, il più sensibile alle trame del secolare confronto europeo di sperimentazioni istituzionali, legislative, di giustizia e culturali nell'incessante mediazione tra particolarismo e diritto vivente, da un lato, e principi generali o europei o universali del diritto, dall'altro. La conoscenza delle fonti dottrinali e giurisprudenziali di età medievale e moderna, ben oltre i limiti di una pur sempre proficua e necessaria prospettiva comparatistica, aveva già sensibilizzato il giurista storico a cogliere tali trame nell'ampia gamma delle forme e delle accezioni che queste avevano assunto nel tempo e nello spazio. Dialettica — tra interse-

edizione del 1976 di *Società e istituzioni in Italia tra Medioevo ed età moderna: lezioni*, aveva appena pubblicato *Europa del diritto comune*.

⁽²⁴⁾ Tra il 1992 e il 1995 furono pubblicati sul medioevo: E. CORTESE, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992 (rist. accr. 1995); A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto nella storia d'Europa, Il Medioevo* parte prima, Padova, CEDAM, 1994 (rist. accr. 2005); P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1995 (rist. con l'aggiunta di *Dieci anni dopo*, 2006); E. CORTESE *Il diritto nella storia medievale*, I-II, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995.

⁽²⁵⁾ M. ASCHERI, *I diritti del Medioevo italiano. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2000, Id., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Torino, Giappichelli, 2003¹, ai quali hanno fatto seguito diverse edizioni accresciute. Il testo che offre una più ampia rappresentazione europea del fenomeno giuridico nelle diverse dimensioni di legislazione, dottrina e prassi è quello di A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007¹.

zioni e differenze —, contaminazione, imitazione, reimpiego, eclettismo, trasmigrazione, trapianti, fino a fecondazioni incrociate, scambi e intrecci sono termini sapientemente utilizzati anche in studi recenti per definire la circolazione senza frontiere del diritto, mentre, a guardar bene, la categoria dello *ius europaeum* era naufragata solo sulla metà del XIX secolo con il fallimento della politica egemonica del concerto tra le nazioni dominanti in Europa ⁽²⁶⁾. Spettava, insomma, allo storico del diritto ritrovare, nei segni e nei caratteri della circolazione delle idee e degli uomini, le tracce del comune linguaggio culturale e giuridico dell'Europa che, nel corso dei secoli, aveva svolto il ruolo di crocevia di esperienze e di crogiolo e centro di irradiazione di sperimentazioni. I nodi dell'incontro e del confronto tra *civil* e *common law*, più evidenti e più studiati con riguardo al Sette e Ottocento, cominciano ad appassionare e a divenire oggetto d'indagine anche con riguardo al Medioevo e alla prima età moderna ⁽²⁷⁾.

Il convegno del 1992 fu il preludio al riconoscimento — tenacemente perseguito e poco più tardi ottenuto dai nostri maestri, 'italianisti' e 'romanisti', con la riforma del piano di studi del 1994 — dell'obbligatorietà delle discipline storiche nel piano di studi per il conseguimento della laurea in giurisprudenza ⁽²⁸⁾. Alcuni anni più tardi, nel 2000, la riduttiva locuzione 'risorgimentale' di 'storia del diritto italiano' fu sostituita con quella di 'storia del diritto medievale e moderno' come riconoscimento ufficiale all'orientamento culturale che essa aveva ormai imboccato e consolidato nell'insegnamento di alcune facoltà giuridiche italiane. L'accoglimento delle discipline

⁽²⁶⁾ Sul paradigma della civiltà giuridica occidentale cfr. già P. STEIN, J. SHAND, *Legal values in western society*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1974, anche nella traduzione italiana *I valori giuridici della civiltà occidentale* a cura di A. MACCIONI, Milano, Giuffrè, 1981 (Quaderni giuridici per la storia del pensiero giuridico moderno, Biblioteca, 9).

⁽²⁷⁾ Cfr. tra i manuali, già quello di Adriano Cavanna e successivamente quello di Antonio Padoa Schioppa sopra citati. Cfr. inoltre, *Relations between the ius commune and English law*, a cura di R. H. HELMHOLZ, V. PIERGIOVANNI, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

⁽²⁸⁾ Ne diede notizia Paolo Grossi nella pagina introduttiva dei *Quaderni fiorentini* XXIV (1995), pp. 1-8, ora in P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive* [nt. 3], pp. 177-186.

storiche tra le materie fondamentali del piano di studi delle facoltà giuridiche, che corrispondeva alla profonda convinzione dell'utilità di una formazione critica e storicamente orientata dello studente di diritto, assicurò in Italia ad un numero rilevante di nuovi ricercatori (in misura considerevolmente più ampia che in ogni altro paese europeo) la possibilità di svolgere a livello professionale la ricerca storico-giuridica.

Nella ricchezza prospettica e metodologica delle 'scuole' fiorite in Italia nell'ultimo mezzo secolo, diversi temi sono stati affrontati ora in prospettiva diacronica ora cronologicamente definita (o medievale, o moderna, o postmoderna). Le ricerche sono state, inoltre, connotate in alcuni casi da una dimensione 'transregionale' o 'transnazionale' che, di recente, ha superato i confini dell'Europa per individuare elementi di connessione o di separazione tra l'esperienza giuridica europea e quella di altri continenti ⁽²⁹⁾, in altri da una dimensione precipuamente regionale o locale. Talora sono stati privilegiati singoli elementi dell'esperienza giuridica come la dottrina e la legislazione, talaltra, invece, e, invero, sempre più intensamente, tali angoli visuali sono stati integrati con quelli della prassi e della giustizia. In alcuni casi, infine, l'accento delle ricerche è stato posto sull'opera di singole personalità.

Le fonti dottrinali e giurisprudenziali di ogni epoca e di ogni orientamento sono state rilette, reinterpretate e approfondite, sia dal punto di vista della storicizzazione, sia da quello delle tecniche, dei concetti e del linguaggio giuridico, con un atteggiamento critico, suscitato da sensibilità e domande sempre nuove, che ha generato risposte sempre più articolate: si sono in tal modo delineati gli svariati livelli del linguaggio e del pensiero dei giuristi, da quello semantico, a quello ideologico fino allo stretto collegamento tra teoria del diritto, prassi e dinamiche sociali. Materiali d'archivio ancora inesplorati sono stati indagati e studiati approfonditamente nella loro consistenza e in collegamento con la teoria e la politica del diritto e questo ha, senza dubbio, favorito anche un avvicinamento tra la storia giuridica in senso stretto e quella politica, economica e

⁽²⁹⁾ Faccio principalmente riferimento ai lavori di colleghi che hanno intessuto rapporti di studio e di ricerca e si sono applicati allo studio delle fonti del Messico e del sud America.

sociale. La diversità degli stili e degli oggetti di ricerca, dei quali ho appena detto, ha contribuito a svelare o a iniziare ad affrontare singole facce del prisma dell'esperienza storica — nella sua estensione millenaria dal tardo impero alla repubblica italiana —, talvolta accostate tra loro e messe a confronto, nella comunicazione tra diversi settori e aree territoriali, anche in occasione di convegni, incontri di studio o opere collettanee, su temi specifici (fonti, istituti, istituzioni, professioni legali, aree disciplinari, dottrina, giustizia).

Il panorama è molto ampio ma, prima di stilare una sorta di elenco delle grandi linee di ricerca della più recente stagione della nostra disciplina, non è inutile sottolineare come molti studi siano il frutto delle 'nuove' domande poste alle fonti dal giurista-storico, sensibile alla 'comunicazione' e all'interazione tra gli ordinamenti giuridici di diversa natura e di diverso livello sui quali si è articolata la pluralistica esperienza giuridica medievale e moderna. La conoscenza di quel pluralismo e la profonda riflessione giuridica sulla diffusa e profonda articolazione della società ha sollecitato nello storico, con larga anticipazione rispetto al giurista positivo, una precoce percezione della crisi del sistema 'legge' e della decadenza del monopolio statale delle fonti di produzione del diritto.

Nel contempo, nel processo circolare tra norma, ordinamento e potere, l'abbandono del 'filtro deformante' della statualità del diritto e l'abito di contestualizzare, che connotano la migliore storiografia giuridica italiana, hanno a loro volta educato a riconoscere e a valorizzare soluzioni o opinioni caratterizzate da una forte discontinuità: minoritarie e meno incisive al tempo della loro emersione, ma riaffiorate in forme e con effetti diversi in tempi successivi e trasfuse in — adattate a — contesti del tutto differenti. Basti pensare al laboratorio medievale e a quello umanistico su patto e contratto (con le relative articolazioni e conseguenze in campo pubblicistico), su cittadinanza e estraneità, su *pubblico* e *privato*.

Una linea di tendenza evidenziata dagli studi migliori consiste nella rappresentazione del giurista nella sua dimensione non solo teorica o ideologica, ma anche precipuamente fattuale e propositiva. Le tensioni tra diritto, società (con le sue arretratezze ovvero nelle spinte verso nuovi livelli di sostenibilità della vita collettiva), economia e politica emergono, ove più ove meno marcatamente, nell'opera di giuristi che in taluni spazi hanno dovuto lottare contro la

tendenza a fare a meno del giurista e del « pensare (giuridicamente) »⁽³⁰⁾. La riaffermazione del ruolo del diritto (nel continuo contrappunto tra regole, principii e valori) come strumento di composizione dei conflitti e di equilibrio nella loro valutazione e soluzione ha consentito di reagire alla forza della politica e dell'economia (o dei mercanti e dei pubblicisti per dirla con i giuristi del Cinque e Seicento), così come all'esegesi e alla legolatria autoproclamatasi tutrice dell'uguaglianza e della certezza del diritto contro la giurisprudenzialità del diritto comune e contro « l'ambizione 'normativistica' della giurisprudenza »⁽³¹⁾. Sulle tante figure di giurista — professore, avvocato, notaio, legislatore e giudice, non raramente unite nella medesima persona — convergono in maniera, per così dire, trasversale, studi impostati, grazie all'autonomia dei centri di ricerca e degli studiosi, su prospettive metodologiche e su questioni completamente eterogenee: dalle ricerche sulle figure di singoli grandi giuristi (talora fatte oggetto d'indagini pluridisciplinari culminate in convegni)⁽³²⁾ a quelle sui metodi dell'interpreta-

⁽³⁰⁾ Prendo a prestito le parole di un titolo provocatorio « che cosa significa pensare « giuridicamente » di Paolo Cappellini in *Initium* 1996.

⁽³¹⁾ Sulla giurisprudenzialità del diritto comune, mi limito a citare un'opera che ha avuto forte impatto sugli studi di molti di noi: L. LOMBARDI VALLAURI, *Studi sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967. L'espressione virgolettata è di M. N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le « Decisiones » di V. de Franchis*, Napoli, Jovene, 1995 (Storia e diritto. Studi, 37), p. 61.

⁽³²⁾ Sacrificando gli studi dedicati ad alcune delle grandi personalità straniere protagoniste della storia del pensiero giuridico europeo, mi limito a ricordare soltanto alcune delle figure italiane più celebri fatte oggetto di convegni o di studi monografici: Imerio, Graziano, Rolando da Lucca, Jacopo di Balduino, Uberto da Bobbio, Martino da Fano, Rolandino dei Passeggeri, Cino da Pistoia, Oldrado da Ponte, Alberico da Rosciate, Bartolo da Sassoferrato, Riccardo da Saliceto, Baldo degli Ubaldi, Angelo Gambiglioni, Niccolò dei Tedeschi, Giovan Battista Caccialupi, Bartolomeo Cipolla, Lodovico Bolognini, Andrea Alciato, Gianfrancesco Sannazari della Ripa, Felino Sandei, Matteo d'Afflitti, Niccolò Machiavelli, Egidio Bossi, Alberico Gentili, Tiberio Deciani, Giulio Claro, Jacopo Menochio, Rolando della Valle, Carlo Ruini, Aimone Cravetta, Giovanni Nevizzano d'Asti, Tommaso Diplovataccio, Gianbattista de Luca, Gian Vincenzo Gravina, Francesco Mantica, Pietro Giannone, Ludovico Antonio Muratori, Cesare Beccarla, Pietro Verri, Bernardo Tanucci, Karl Antonio Martini, Gaetano Filangieri, Francesco Rapolla, Domenico Alberto Azuni, Giuseppe Luosi, Gian Domenico Romagnosi, Melchiorre Gioia, Giovanni Carmignani, Pietro Mantegazza, Carlo Cattaneo, Massimo d'Azeglio, Giuseppe Pisanelli, Pasquale Stanislao Mancini, Francesco

zione e sui suoi timbri (interpretazione creativa, ‘politica’, consuetudinaria, equitativa...), dagli studi sulla giustizia a quelli sulle Università, sul processo, sulle professioni legali e sulla deontologia professionale ⁽³³⁾.

In ogni caso, qualunque sia il tempo, lo spazio o il tema della ricerca, tra opere di successo e opere censurate, tra continuità e discontinuità, tra abbattimento di miti e riemersione di idee e principii dal terreno carsico della riflessione su diritto e giustizia, la linea dominante in alcuni studi di particolare efficacia consiste nella rappresentazione della centralità del giurista ‘artefice’ — legislatore ovvero supplente alle assenze e ai danni del legislatore — nelle diverse forme di esercizio della sua professione. Per ricorrere alle parole efficaci di Natalino Irti, il ruolo del giurista come mediatore nel rapporto tra diritto e potere ⁽³⁴⁾.

Le indagini sugli istituti, sulla semantica dei concetti e delle categorie giuridiche e sul linguaggio del diritto ⁽³⁵⁾, non meno che

Forti, Francesco Carrara, Emanuele Gianturco, Giuseppe Zanardelli, Federico Cammeo; Angelo Sraffa, Dionisio Anzellotti, Angelo Majorana, Vittorio Emanuele Orlando, Alfredo de Marsico, Piero Calamandrei, Costantino Mortati, Massimo Severo Giannini. A questo sommario elenco si devono aggiungere i profili di giuristi studiati da Paolo Grossi e ora raccolti in P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008 (Quaderni giuridici per la storia del pensiero giuridico moderno, Biblioteca, 80), quelle dei processualciviliisti studiati da F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, Milano, Giuffè, 2006 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 68), nonché le diverse biografie di giuristi redatte già per il *Dizionario biografico degli Italiani* e ora per le opere *Dizionario dei giuristi e Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, [nt. 1].

⁽³³⁾ Un forte impulso a tali studi è venuto dagli interessi per la storia manifestati dal Consiglio nazionale forense, *Commissione per la storia dell'avvocatura*, e dal Consiglio nazionale del notariato, *Commissione per gli studi storici sul notariato* che hanno cooptato maestri della disciplina storico-giuridica (rispettivamente A. Mazzacane, A. Padoa Schioppa, G. Sa. Pene Vidari, V. Piergiovanni; e M. Caravale, A. Padoa Schioppa, V. Piergiovanni) e offerto supporto alle ricerche sulle due professioni e alla pubblicazione di fonti.

⁽³⁴⁾ N. IRTI, *Testimonianza. La storia del diritto e i suoi diversi destinatari. La storia del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza*, in *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno* [nt. 21], pp. 171-176, in part. p. 174.

⁽³⁵⁾ Come ricordava anni orsono Paolo Grossi, con riferimento ai tanti significati del termine *codice* « Lo storico del diritto, adempiendo al primo mestier suo che è quello di comparare relativizzare differenziare, avverte il tranello costituito dal dato lessicale, preferisce abbandonare il simulacro unitario e calare nella realtà storica che è [invece]

sullo sterminato terreno delle fonti giuridiche — delle tecniche della loro interpretazione, che in larga parte costituiscono ancora lo strumentario del giurista ⁽³⁶⁾, e della giustificazione dei soggetti idonei a produrle (dalle corporazioni medievali alle contemporanee agenzie internazionali) — e delle istituzioni di governo costituiscono i ponti privilegiati tra età intermedia (comprensiva di diritto medievale e moderno) e età contemporanea: dal pluralismo al monismo e di nuovo al pluralismo dei centri di produzione, dal ‘cosiddetto’ sistema di diritto comune alla codificazione e alla decodificazione, fino alle diverse concezioni della statualità e del rapporto tra governanti e governati. Il dibattito storiografico sulla codificazione, che accomuna studiosi di tanti paesi europei, e la vivacità del dibattito italiano sui connotati e sugli effetti del ‘sistema codice’ rivelano l’estrema ricchezza delle prospettive e delle conoscenze maturate in anni di ricerca da differenti personalità e temperamenti di studiosi.

Ed eccoci all’elenco:

scuole e tecniche e dell’interpretazione,

insegnamento giuridico, università, centri di studio concorrenti,

giurisprudenza consulente e giudicante, avvocatura, notariato,

autonomie, pluralismo e federalismo, nello scontro e nella con-

tinua contrattazione, in età moderna, con una concezione della sovranità compiuta, ma costretta a misurarsi con il consenso,

comuni e tirannie, ordinamenti signorili, repubblicani e monarchici (istituzioni di governo e giudiziarie, sistemi normativi) delle regioni ‘storiche’ italiane,

diritto privato, dai temi classici — *status* personali, famiglia e successioni (rapporti patrimoniali tra coniugi, patria potestà, tutela, testamento, fedecommesso), proprietà e possesso, negozio giuridico, contratto e contratti, rappresentanza — fino alle specializzazioni disciplinari più recenti del diritto del lavoro, industriale e d’autore,

marcata nella sostanza da incolmabili discontinuità » (*Codici qualche conclusione tra un millennio e l’altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI, Firenze, 26-28 ottobre 2000 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 61), p. 580).

⁽³⁶⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Verso una storia del diritto europeo*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 2001 (Università degli Studi di Milano. Pubblicazioni dell’Istituto di Storia del diritto italiano, 27), p. 20.

diritto del commercio e delle assicurazioni, dalla *lex mercatoria* come diritto della globalizzazione fino all'abolizione del codice commerciale,

cittadini e stranieri, 'diversi' o 'altri' e nemici, *miserabiles personae*, donne, emigranti e immigranti,

giustizia e ideologie della giustizia,

diritto penale, della prevenzione penale e della categoria del potenzialmente pericoloso,

processo penale dall'alto medioevo ai nostri giorni, attraverso l'analisi del dualismo delle procedure accusatoria e inquisitoria in tutte le loro innumerevoli varianti, dal penale negoziato, a quello egemonico, fino alla penalistica civile e alla scuola positiva; istituti processuali, prove e soggetti del processo penale, dall'avvocato fiscale, al pubblico ministero, dai tribunali, alle corti, alle giurie,

diritto feudale, diritto 'pubblico' interno ⁽³⁷⁾, di guerra, di pace e delle genti (tra diritto naturale e diritto delle diplomazie) e, infine, internazionale, diritto coloniale,

seconda scolastica e giusnaturalismo,

illuminismo (nelle sue diverse declinazioni e anche nelle varianti regionali), rivoluzioni ed estremismi rivoluzionari,

negazione e tentativi di abbattimento del particolarismo e della consuetudine,

nascita degli apparati burocratici,

storia dell'amministrazione e del diritto amministrativo,

storia dell'idea di nazione secondo concezioni diversamente produttive e azionabili in diritto,

(37) Dopo un acceso dibattito storiografico, il ricorso al sintagma 'diritto pubblico' per l'età medievale è apparso, per così dire, giustificato dalle scelte effettuate nell'importante serie di incontri ideati e diretti da Diego Quaglioni e da Gerahrd Dilcher tra il 2006 e il 2009 nell'Università di Trento, sotto il patrocinio della Fondazione Bruno Kessler, e pubblicati nella serie degli *Annali dell'istituto storico italo-germanico* (19, 21, 25): *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto*, a cura di/hrsg. von G. DILCHER, D. QUAGLIONI, Bologna, Il Mulino; Berlin, Duncker & Humblot, 2007; *Gli inizi del diritto pubblico*, II, *Da Federico I a Federico II*, a cura di G. DILCHER, D. QUAGLIONI, Bologna, Il Mulino; Berlin, Duncker & Humblot, 2009; *Gli inizi del diritto pubblico*, III, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*, a cura di/hrsg. von G. DILCHER, D. QUAGLIONI, Bologna, Il Mulino; Berlin, Duncker & Humblot, 2011.

codice e codici,
 stato di diritto, legge, legolatria,
 leggi d'eccezione, dittatura, legislazione grigia e infamia della
 legge,
 socialismo giuridico,
 costituzionalismo, carte dei diritti e costituzioni, costituzione e
 sovranità costituzionale, diritto costituzionale, democrazia e, ormai
 anche, crisi della democrazia,
 uguaglianza di diritto divenuta disuguaglianza con la negazione
 delle 'diversità',
 individualismo, diritti dell'individuo, dimensioni collettive del
 soggetto e riconoscimento costituzionale del 'pluralismo' di ordina-
 menti di livello inferiore a quello statale,
 decadenza del monopolio statale sulle fonti di produzione del
 diritto e riconoscimento di fonti di produzione non statale,
 cittadinanza e cittadinanze.

L'elenco delle tante prospettive di ricerca, nelle quali a ciascuno
 di noi sarà facile individuare il proprio contributo, è certamente
 incompleto, e mi limito a rinviare agli interventi dei colleghi Italo
 Birocchi e Aurelio Cernigliaro che lo completeranno da par loro. Si
 può aggiungere che, mentre il diritto canonico risulta complessiva-
 mente meno studiato ⁽³⁸⁾, il baricentro delle ricerche si è spostato
 verso l'età contemporanea, dopo che negli ultimi anni anche gli studi
 sull'età moderna stanno perdendo terreno. Eppure le fonti di età
 medievale molto avrebbero ancora da svelare sia per l'alto ⁽³⁹⁾ che

⁽³⁸⁾ Non si può dimenticare, però, la partecipazione di colleghi ai prestigiosi
International Congress of medieval Canon Law, sia nell'organizzazione, sia nelle ricerche
 pubblicate nei *Proceedings* (Monumenta Iuris Canonici, Ser. C, Subsidia) giunti ora al
 XIII volume.

⁽³⁹⁾ Oltre che alle ricerche di alcuni pochi colleghi, occorre far riferimento, a
 questo proposito, all'attività del *Centro Internazionale di studi sull'Alto Medioevo* in
 Spoleto (del cui consiglio scientifico sono membri P. Grossi e A. Padoa Schioppa) e, in
 particolare, alle annuali *Settimane di Studio* di carattere interdisciplinare che si susse-
 guono dal 1954 e che negli ultimi anni hanno avuto ad oggetto temi fondamentali come
La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V-VIII) del 1994, *La giustizia nell'Alto Medioevo*
(secoli IX-XI) del 1996, *Ideologie e pratiche del reimpiego nell'alto medioevo*, del 1998, *Il*
feudalesimo nell'Alto Medioevo del 1999, *Roma nell'Alto Medioevo* del 2000, *Roma fra*
Oriente e Occidente, del 2001, *L'acqua nei secoli altomedievali* del 2007, *Città e campagna*

per il basso medioevo e meriterebbero il difficilissimo (ne abbiamo recenti esempi) ulteriore impegno al recupero filologico e critico non solo dei manoscritti, ma anche dei testi pervenuti attraverso le edizioni antiche ⁽⁴⁰⁾. Nelle fonti dottrinali molto ancora rimane da scoprire e da rivalutare sotto il profilo dell'uso raffinato e della circolazione dei metodi e del linguaggio dell'interpretazione utilizzata anche al fine di adattare regole e norme antiche per l'ideazione di soluzioni congruenti con i bisogni emergenti della società e della prassi e la costruzione di nuovi e più recenti concetti e categorie. Il lavoro di riscoperta e recensione dei manoscritti medievali conservati in archivi e biblioteche europee e statunitensi svolto da Gero Dolezalek, da Domenico Maffei, Ennio Cortese e dai loro allievi, da Giulio Vismara, Antonio Padoa Schioppa e dai componenti della scuola milanese ha facilitato l'individuazione delle fonti del pensiero giuridico medievale, molte delle quali proprio nell'Università di Milano sono consultabili grazie alla riproduzione integrale di migliaia di pezzi (non solo medievali) in microfilm e lo saranno tra breve anche in digitale, grazie al contributo della Biblioteca Europea d'Informazione e Cultura.

Ciascuna delle prospettive d'indagine elencate si presterà, inoltre, in futuro ad un esame critico, ad una disambiguazione e ad essere affrontata sotto diverse angolazioni e con ulteriori intrecci per sottoporre i risultati a prove di resistenza e ad affinamenti. Data la complessità e la diversa durata, nei singoli ambiti del diritto, delle fasi di snodo e di transizione, la scansione cronologica tradizionale tra le grandi epoche della storia in taluni casi potrebbe aver persino provocato fraintendimenti nell'individuazione di continuità e discontinuità, nella valutazione del reimpiego e dell'adeguamento dei lasciti di un'epoca alla successiva, tra tradizione e rinnovamento. Per quanto concerne l'epoca contemporanea, si potrebbe segnalare, con

nei secoli altomedievali del 2009, *Le relazioni internazionali nell'Alto Medioevo* del 2010, *Il fuoco nell'alto medioevo* del 2011.

⁽⁴⁰⁾ Oltre alle più recenti edizioni di testi normativi e statuari, curati da Istituti universitari di diverse regioni italiane, mi riferisco all'edizione di un'opera fondamentale per la ricostruzione dei tratti del pensiero giuridico preaccursiano e delle sue connessioni con la prassi, la politica e l'economia del tempo (*La Summa trium librorum di Rolando da Lucca (1195-1234): fisco, politica, scientia iuris*, a cura di E. CONTE, S. MENZINGER, Roma, Viella, 2012).

riguardo ai secoli XIX e XX, l'opportunità di uno studio più approfondito e a più largo raggio della componente giurisdizionale del diritto ⁽⁴¹⁾, della giurisprudenza ordinaria e amministrativa, fino alle origini di quella costituzionale, dell'apparato giudiziario, di singole figure di giudici, nonché della dimensione stragiudiziale della composizione delle controversie. Vi è poi un'ulteriore dimensione nella quale, oggi più che mai, la storia giuridica in dialogo con le altre scienze umane dovrà confrontarsi, una dimensione che nei secoli ha avuto fortune alterne ed è stata ora accantonata ora resuscitata, quella del rapporto tra il diritto e i principii, talora classificati come metagiuridici, della morale e dell'etica.

Rispetto al progetto del 1971, dal quale hanno preso avvio le considerazioni che precedono, molte lacune della storiografia giuridica sono state colmate e il dialogo dello storico del diritto con le scienze umane e i giuristi positivi si è sicuramente rafforzato. Dopo i buoni risultati raggiunti, sta ai nostri allievi non disperdere i frutti di tanto lavoro e a noi (quantunque sempre più costretti a conciliare i tempi della ricerca con quelli delle crescenti attività burocratiche e organizzative) il compito di evitare che questo avvenga in un'epoca in cui le scelte del legislatore sembrano privilegiare, in nome della conclamata 'produttività', la quantità che può divenire pura compilazione a scapito di una ricerca critica, rigorosa e originale. Soggiacere a tali superficiali criteri di efficientismo significherebbe vanificare molti insegnamenti e risultati degli ultimi quarant'anni. Per sua natura, il nostro campo di ricerca richiede tempi lunghi di riflessione sulle fonti e anche sui risultati degli studi 'classici' (che non possono essere liquidati con la compilazione di ampi riferimenti bibliografici in certi casi puramente tratteggiati) e sempre più esige di esercitare quel

⁽⁴¹⁾ L'aspetto giudiziario e giurisdizionale del diritto è stato al centro dell'opera scientifica di Raffaele Ajello e di alcuni dei suoi allievi. L'illustre docente napoletano ha continuato a richiamare la nostra attenzione su tale ambito dell'esperienza storica anche in studi molto recenti e fortemente critici (ma, direi, per molti aspetti non proprio giustificatamente) della nostra disciplina (si vedano tra gli ultimi: *Origini e condizioni dell'attualità giuridica: ideologie dei magistrati e poteri dei legali nella dialettica dell'esperienza storica*, Napoli, Jovene, 1998; Id., *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Napoli, Jovene, 2002; Id., *Eredità medievali. Paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*, Napoli, Arte tipografica editrice, 2009 (Frontiere d'Europa, 3).

‘senso critico’ — frutto di infiniti collegamenti e intuizioni — indispensabile per ottenere dalle fonti sempre più esaurienti risposte. Questa è l’attitudine che lo storico può e deve, innanzi tutto, coltivare, per risultare scientificamente rilevante e didatticamente efficace nella formazione del giurista e, forse, di un ‘nuovo’ giurista. Come ebbe a rilevare Natalino Irti nell’intervento sopra ricordato, « il problema della storia del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza è anch’esso un problema storico » (42).

Mai come nel presente, forse, il giurista, studioso e cittadino, si trova ad affrontare le profonde trasformazioni — non sempre condivisibili — dell’università, della società, delle istituzioni e del diritto positivo e l’esigenza di individuare ambiti, strumenti e timbri di ricerca adatti a porsi in gioco nel dialogo, da intensificare ulteriormente, con i giuristi positivi e con gli studiosi delle scienze umane e della società e da estendere ad un pubblico più ampio, ad iniziare dagli studenti delle scuole superiori.

Come è avvenuto al giurista vissuto in epoche del tutto diverse dalla nostra, occorre prendere atto delle trasformazioni e della necessità di inventare un nuovo ‘ordine’.

Sono caduti i tanti ‘miti’ che, nel bene o nel male, la società occidentale aveva osato coltivare dopo la fine della seconda guerra mondiale — stato sociale, sovranità degli Stati nazionali nel coordinamento con l’Unione Europea, principio di legalità, lavoro, diritti delle persone (cittadini e stranieri) — e affrontiamo, nel contempo, la crisi delle istituzioni statali e democratiche, le carenze delle strutture dell’Unione Europea, l’indebolimento del principio di legalità e dei diritti individuali, gli attacchi all’‘attualità’ della Costituzione, le questioni poste dall’immigrazione di popoli di diverse tradizioni e religioni, le tante guerre che stanno dilaniando paesi vicini e lontani.

Sarà possibile, e con quali strumenti giuridici, riportare l’individuo come singolo e come membro delle svariate aggregazioni nelle quali si articola la società al centro dell’economia e della politica? Esiste una soluzione rassicurante nella lotta per « i diritti », in contrasto con il potere del ‘mercato’, in un contesto nel quale, tra i

(42) N. IRTI, *Testimonianza* [nt. 34], p. 175.

tanti buoni e cattivi effetti della globalizzazione, si è perduto il punto di riferimento tradizionalmente costituito dallo Stato? ⁽⁴³⁾.

L'impressione è che, dopo l'enorme accrescimento del ruolo di tutela offerto dal 'giudice', la stessa figura del giurista 'artefice', nelle molteplici dimensioni e specializzazioni delle quali si è detto sopra, risulterà senza dubbio modificata. In altre parole, il giurista storico potrebbe ora porsi la domanda se e quanto egli possa contribuire, innanzitutto tramite una ricerca scientifica che offra anche strumenti per far crescere i giovani, alla titanica impresa che spetterà al diritto per la costituzione di un nuovo ordine.

⁽⁴³⁾ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.

MICHAEL STOLLEIS
IL QUADRO EUROPEO

1. A ben vedere, il fatto che così tanti autorevoli storici del diritto dall'Europa, dal Sud- e dal Nordamerica e dalla Cina si incontrino, non è altro che un grande omaggio a Paolo Grossi.

Lui ha fondato i *Quaderni*, ha ininterrottamente incentivato e rappresentato la Storia del Diritto in Italia, in Europa e soprattutto anche in Sudamerica.

Noi tutti gli siamo molto riconoscenti, non ultimi io stesso ed il Max-Planck-Institut per la Storia del Diritto europeo di Francoforte.

In modo molto opportuno, mi è stato chiesto di dedicare al « Quadro europeo » queste mie brevi notazioni sullo « stato dell'arte » della Storia del Diritto.

In passato il mio orizzonte è sempre stato rappresentato dalla « vecchia Europa ». Fin dai tempi della scuola, ad affascinarmi è sempre stata l'Europa dell'antichità classica, del Rinascimento e della prima età moderna. Lungo il percorso della formazione giuridica, poi, al centro dei miei interessi ci sono sempre stati l'Amministrazione e lo Stato, dal Medioevo in poi.

Volgendo lo sguardo all'indietro, si può senz'altro affermare che la Storia del Diritto in Germania, con il diciannovesimo secolo e nella prima metà del ventesimo, è stata caratterizzata da paradossi.

Già ai tempi dell'Umanesimo aveva iniziato ad essere praticata, ma il suo decollo avviene soprattutto verso la fine del diciottesimo secolo, con la storicizzazione del diritto romano e delle fonti giuridiche interne. La Scuola storica di Savigny e Eichhorn ha dato seguito a tutto ciò nello spirito dello storicismo, ma ha accentuato anche la funzione centrale della Storia del Diritto per l'elaborazione della dogmatica del « diritto romano attuale ».

Quando poi il diritto civile è stato codificato — in Italia nel 1865, in Germania nel 1900 — la Storia del Diritto si è « emancipata », andando a legarsi alle scienze dell'antichità, alla medievistica ed alla ricerca storica sull'età moderna.

Contemporaneamente — con l'altra metà della sua anima, per così dire — ha cercato di conservare la sua funzione propedeutica e pedagogica per il diritto civile vigente.

Nel quadro della ricerca internazionale, ciò ha portato ad importanti successi nel campo della Storia giuridica antica. D'altro canto, a partire dalla metà del diciannovesimo secolo la parte germanistica della Scuola storica è precipitata prima nel nazionalismo, per finire poi in fondo ai terribili abissi del nazionalsocialismo, pur raggiungendo allo stesso tempo importanti risultati nel campo della Storia del Diritto scandinavo ed islandese, dello « Specchio sassone » e nello studio dei diritti municipali di Lubeca e Magdeburgo nell'Europa centrale e orientale.

Dopo la svolta del 1945 nella storia mondiale, è iniziata all'interno del « quadro europeo » una nuova epoca.

Per la Germania occidentale l'opzione-Europa era l'unica praticabile, ed è stata una ragione di vita per la generazione di Adenauer, Alcide De Gasperi, Jean Monnet, Robert Schumann e Walter Hallstein. Essa ha rappresentato pure l'impulso più forte per una « Storia europea del Diritto », o meglio una « Storia del Diritto in Europa ».

Per Helmut Coing e molti altri, la riedificazione dello « ius commune » ha rappresentato l'opportunità non solo per rimodernare la Romanistica (nella direzione di una Storia del Diritto privato dell'età moderna), ma anche per raccordarsi di nuovo, a livello internazionale, con le ricerche sul Medioevo e sulla prima età moderna. Oltre a ciò, il civilista Coing ha inteso mettere in contatto con la propria storia il diritto vigente e futuro: per lui, in fin dei conti, si è sempre trattato di « diritto romano attualmente vigente in Europa », ancorché nella moderna chiave dei nuovi settori del diritto, delle codificazioni nazionali e delle evoluzioni future del diritto privato.

Dagli anni Sessanta e Settanta ad oggi c'è lo spazio di più di una generazione.

Il mondo intero è stato interessato da una metamorfosi radicale, e ciò non poteva non avere ripercussioni sulla Storia del Diritto.

Oggi il « Diritto dell'Europa » è un enorme giacimento di diritto positivo *sui generis*; è una marea di decisioni delle corti costituzionali dei singoli Stati nazionali, della Corte di giustizia europea di Lussemburgo, della Corte europea di Strasburgo; è una materia consolidata nella formazione del giurista.

Qui, senz'altro, relazioni di una certa importanza con la Storia del Diritto non ce ne sono. Ancora non abbiamo neppure una compiuta e intelligibile descrizione di come abbia avuto origine, dal 1949 in poi, questo nuovo colosso del diritto, che oggi quotidianamente ci impegna.

Forse una simile descrizione riusciremo ad averla soltanto al tramonto dell'idea di Europa, se davvero è solo all'imbrunire che la civetta di Minerva si libra in volo.

D'altronde, oggi, dell'ottimismo intermittente dell'epoca fondativa europea, dai Trattati di Roma per arrivare fino a quello di Lisbona, in pratica non resta quasi più traccia.

Dei problemi attuali, del deficit democratico, della crisi finanziaria, del divario fra Nord e Sud, del notorio euro-scetticismo della politica britannica, degli interrogativi sull'ingresso della Turchia, non è questa la sede per discutere: il nostro tema di oggi è solo la Storia del Diritto.

Nel « quadro europeo » odierno, essa mostra debolezze e punti di forza.

Indicherò otto punti:

1. Gli storici del diritto europei, oggi, si conoscono molto meglio di una o due generazioni fa. L'interscambio attraverso riviste, convegni, corsi estivi è vivace; dalla Norvegia fino al Baltico ed alla Polonia, dalla Spagna e la Sicilia fino alla Germania (in particolare: Francoforte) ci conosciamo tutti. E se ciò, da un lato, ci fa senz'altro piacere, dall'altro ha anche un rovescio della medaglia: ciascuno storico del diritto attivo si impegna oggi in progetti, avanza proposte presso fondazioni, organizza convegni, viaggia con l'aereo in giro per il mondo. Noi non riflettiamo più tutti assieme. Questa frenetica « attività » ha una dinamica fine a se stessa, e chi resta a casa sua a fare ricerca passa per uno stravagante eremita.

2. Si traduce molto di più — in modo particolare dai colleghi italiani — ma si parla anche molto più in inglese, rispetto a prima. D'altronde tradurre è faticoso, costoso e richiede conoscenze specifiche. L'inglese è oggi recepito in tutto il mondo come « lingua franca » per le scienze naturali; per le scienze umane, invece, se non si legge più in lingua originale, si finisce per perdere moltissimo in sfumature di significato, conoscenza delle fonti e consistenza intellettuale.

3. Nel frattempo, disponiamo di una gran quantità di ricostruzioni storiche complessive del « diritto in Europa ». Tutte hanno la loro prospettiva soggettiva, i loro pregi e i loro difetti, com'è naturale; ma per fortuna sta diventando una buona abitudine — e questo è l'importante — abbandonare il punto di vista nazionale, per procedere ad una comparazione il più possibile « europea ». Ciò presuppone conoscenze enciclopediche ed un metodo di lavoro paziente e scrupoloso: come si potrà ritagliargli uno spazio nell'ambito della « frenetica attività » dello storico di oggi?

4. In questo senso, anche la vecchia prospettiva della Recezione del diritto romano si è trasformata in qualcosa di diverso. L'idea per cui la riscoperta del diritto romano nel Medioevo è partita dalla « Florentina » (F) verso Bologna, e da lì poi — come una « fiaccola della scienza giuridica » — è stata trasportata dall'Italia prima verso la Francia, quindi verso i Paesi Bassi e da lì in Germania, oggi non vale più.

Una simile « via triumphalis » fino dal diciannovesimo secolo non esisteva già più, e a maggior ragione nei secoli ventesimo e ventunesimo se ne perdono le tracce.

Ora hanno preso vita modelli più complessi: adattamento e traslazione; professionalizzazione e razionalizzazione piuttosto che cambiamento dei contenuti. Per questa ragione anche la ricerca sull'antica Recezione si è concentrata in modo più intenso attorno all'interrogativo su quale diritto sia sorto a livello nazionale dai modelli originari; quale diritto sia stato applicato in concreto dinanzi alle Corti e con quali conseguenze.

5. Negli ultimi decenni, all'interno del « quadro europeo » è cambiata pure l'antica predilezione per la Storia del Diritto privato. Tutti i giuristi europei sanno bene che il moderno Stato sociale e interventista è plasmato dal diritto pubblico molto più di quanto

non accadesse in passato. Di conseguenza, sono diventati via via sempre più interessanti anche i seguenti interrogativi: come cambia il diritto privato, quando lo Stato o l'Unione europea si intromettono dall'alto, ad esempio con il sistema delle sovvenzioni, disposizioni imperative di tutela del consumatore, diritto dei media e delle telecomunicazioni, legislazione socio-assistenziale e pubblico impiego, diritto bancario e delle assicurazioni, diritto amministrativo dell'economia, protezione dei dati personali o diritto dell'ambiente.

Praticamente nessuna vicenda di rilievo privatistico, oggi, si svolge senza controllo o senza indirizzo dall'alto: le condizioni-base per decidere di sposarsi o di avere un figlio non vengono più determinate soltanto dall'« ambiente » sociale, ma anche, molto materialmente, dalla normativa fiscale, dalla disciplina delle prestazioni socio-assistenziali e dal diritto del lavoro, anche lasciando da parte tutte le questioni relative alla « medicina riproduttiva ».

6. La Storia del Diritto risponde molto lentamente agli stimoli provenienti da questi cambiamenti epocali. Talvolta li ignora proprio, e continua semplicemente a concentrarsi sulla medievistica o sulla canonistica, come se il mondo moderno non esistesse. In questo c'è sicuramente qualcosa di simpatico, e può addirittura avere anche una notevole importanza per alcune determinate questioni.

Tuttavia l'evoluzione moderna potrebbe anche spingere ad abbandonare un approccio alla ricerca per « settori giuridici », per passare finalmente ad una Storia « integrale » del Diritto, e in un simile contesto lasciarsi alle spalle le tradizionali frontiere tra diritto privato, pubblico, penale, ecclesiastico, e così via, per chiedersi soltanto: come funzionava, di fronte ad un dato « problema » da risolvere, un determinato ordinamento giuridico, ad una determinata epoca, all'interno di una determinata società.

Il diritto di un concreto corpo sociale, ad un certo momento del tempo ed all'interno di un certo ambito territoriale, si comporta in base al principio dei vasi comunicanti. Lo stesso vale nella relazione fra diritto e morale sociale.

Le società rurali regolano matrimonio, famiglia, successioni, vendita e permuta in modo diverso dalle società capitalistiche e da quelle tecnologizzate; i gruppi di dimensioni più ridotte in modo diverso da quelli più numerosi; le società tradizionaliste, gerarchiche

e di stampo religioso in modo diverso da quelle aperte, pluraliste e secolarizzate.

Tutto ciò è banale, ma è in grado di determinare immediatamente la formulazione delle ipotesi di ricerca in Storia del Diritto. In tal senso, sto osservando in questi ultimi anni una linea evolutiva più orientata ai fatti della vita ed ai problemi concreti che non ai settori giuridici, e che si interessa all'origine e alla cessazione delle norme, tanto quanto alla loro implementazione e alla normazione simbolica.

7. Per contro, settori anche classici della Storia del Diritto stanno perdendo di interesse all'interno del « quadro europeo ». Così la storia dogmatica del diritto romano e dello « *ius commune* » nell'età moderna, ad esempio, sembra stiano cedendo il passo, nella stessa misura in cui viene meno pure l'interesse verso la dogmatica del diritto civile, sia sul piano storico sia, soprattutto, su quello attuale.

Ebbene sì, è lo stesso diritto civile a non credere più nella forza ordinatrice della dogmatica tradizionale. Sempre più « dogmatici » comprendono che non basta proporre soluzioni dogmaticamente ineccepibili, ma che tali proposte fanno parte della comunicazione sociale, le cui regole comunque — per farla ancora più breve — non sono soltanto quelle della logica!

Sempre più di rado, poi, i dogmatici utilizzano l'argomentazione storica: la combinazione classica del romanista-dogmatico (ad esempio Werner Flume o Dieter Medicus in Germania) diventa sempre più rara.

Allo stesso modo sta scomparendo — se vedo correttamente — pure l'interesse verso la storia delle codificazioni. Al giorno d'oggi, le codificazioni europee più importanti sono state studiate abbastanza a fondo; molto più attraenti sono diventati gli interrogativi se e come siano state approvate determinate regole, in che modo esse compaiano all'interno di provvedimenti giudiziari (se in qualità di vere e proprie « ragioni » della decisione, ovvero soltanto come orpello retorico), in quale misura l'atto del legiferare, in modo latente e senza apparato sanzionatorio, può avere valore come « atto comunicativo ».

8. L'ultima ma — a mio modo di vedere — più importante osservazione riguarda la globalizzazione della Storia del Diritto. Essa

dipende senza dubbio dal fatto che le rivoluzioni tecnologiche di ultima generazione hanno mandato per aria il « quadro europeo ».

Informazioni, servizi, risorse finanziarie e merci possono essere trasportate in giro per il mondo in una frazione di secondo. Le contrapposizioni fra « noi » e gli « altri », fra interno ed esterno, nazionale ed internazionale, perdono la loro capacità distintiva, ed anche criminalità e guerre si mescolano perdendo — per così dire — la dimensione spaziale.

Il diritto internazionale si trova di fronte ad un completo riassetamento.

La Storia europea del Diritto agisce di conseguenza: si rivolge oggi al diritto coloniale e studia i relativi metodi di diffusione, ben lontana dalle idee di recezione più risalenti. In questo ambito sono particolarmente attivi America, Francia, Inghilterra, Paesi Bassi, Spagna, Portogallo ed Italia, mentre qui la Germania, con la sua ridotta esperienza coloniale, resta attardata.

Tuttavia, a suggestionare profondamente la Storia del Diritto non sarà soltanto il diritto coloniale dell'età moderna, ma anche (e soprattutto) il passaggio verso un ordinamento giuridico mondiale qualitativamente nuovo: noi stiamo entrando di nuovo in un mondo contraddistinto dalla « multinormatività ».

Come nella Storia del Diritto più antica, anche l'uomo odierno agisce contemporaneamente all'interno di più ordinamenti giuridici o sistemi di regole. È un cittadino, spesso di più Stati; in qualità di persona in grado di circolare, gode dello status di ospite e di straniero; è parte di diversi sistemi di sicurezza sociale; guadagna denaro in valute differenti; nel quadro delle relazioni privatistiche, si impegna all'interno di rapporti tanto a livello locale quanto a livello globale; e così via.

In modo del tutto simile, anche l'uomo medioevale era sottoposto contemporaneamente al diritto feudale, al diritto nazionale, al diritto municipale, al diritto degli ordini e della chiesa, al diritto dei commercianti o delle corporazioni: anch'egli viveva la sua « multinormatività ».

Non ci vuole insomma nessuna grossa dote profetica per pronosticare alla Storia del Diritto nel « quadro europeo » un futuro turbolento, ma stimolante.

I vecchi schemi si dissolveranno o muteranno. Le discipline scientifiche contigue — in particolare linguistica e scienze letterarie, teoria del diritto e comparazione giuridica — ricopriranno un ruolo sempre più importante. Una sinergia più stretta con l'etnologia europea, praticamente non è ancora stata avviata.

Sono sicuro che in questa direzione i *Quaderni Fiorentini* offriranno impulsi decisivi, ed altrettanti ne riceveranno.

JEAN-LOUIS MESTRE
FRANCE

Au début de ce rapport écrit, je tiens à souligner combien la Rencontre internationale organisée pour célébrer les quarante ans des *Quaderni Fiorentini*, revue remarquable à maints égards, a été enrichissante pour un historien français du droit. Elle a mis en lumière, au plan international, les divers aspects de la situation de notre discipline. Et elle l'a fait à un moment où les historiens français du droit s'efforcent précisément, de façon collective, de donner plus de visibilité aux développements de leurs recherches.

Cet effort collectif émane de l'Association des Historiens des Facultés de Droit, que préside Jacques Krynen (Université Toulouse 1 Capitole et Institut Universitaire de France). Cette association a pris conscience de ce que l'histoire du droit pouvait apparaître comme une discipline sur la défensive face aux multiples développements des droits positifs, face à la création de nouvelles disciplines juridiques, face à la diversification des enseignements et à leurs visées professionnelles.

Il est certain que le droit romain n'a plus le rôle essentiel qu'il a tenu dans la formation de tous les étudiants en droit jusqu'au milieu du XXe siècle. Des réformes successives ont ensuite mis davantage en concurrence, au sein d'Universités plus autonomes dans l'organisation des études, les enseignements d'histoire du droit avec ceux des différentes branches du droit positif. En outre, l'incontestable baisse des connaissances historiques des étudiants qui entrent dans les Facultés de droit conduit fatalement les historiens du droit à adapter leurs cours, c'est-à-dire à consacrer plus de temps aux considérations générales et moins à des développements techniques. Il faut cependant souligner l'intérêt qu'a présenté en 1997 la création d'un cours obligatoire d'*introduction historique au droit* en première année de licence en droit, même si elle a été liée

à une réduction des enseignements traditionnellement consacrés à l'histoire des institutions françaises.

Mettre davantage en relief l'importance des recherches auxquelles se livrent les historiens du droit ne peut avoir que des effets positifs, et ce pour diverses raisons.

Il est d'abord utile de mieux informer de ces recherches les collègues qui enseignent les différentes matières de droit contemporain. Ces collègues connaissent en général moins bien l'histoire du droit que leurs prédécesseurs, qui l'avaient davantage étudiée, ainsi que le droit romain, au cours de leur licence en droit et de leur doctorat. Pendant longtemps, il fallait, pour pouvoir être candidat à l'agrégation de droit public ou à celle de droit privé, avoir obtenu trois diplômes d'études supérieures après la licence. La plupart des candidats à ces agrégations consacraient donc une année à l'obtention du diplôme d'études supérieures de droit romain et d'histoire du droit, lequel complétait leur formation historique et les initiait à des recherches de haut niveau. Tel n'est plus le cas.

Nos collègues de droit contemporain sont souvent moins attentifs aux problématiques d'histoire du droit qu'autrefois pour une autre raison, de nature générale et non de nature purement universitaire. Cette raison consiste dans l'évolution du droit, qui devient de plus en plus complexe. La multiplication des textes normatifs français, européens, internationaux, est en permanence constatée et dénoncée. Les jurisprudences des juridictions judiciaires et des juridictions administratives se développent considérablement. Les commentaires deviennent de plus en plus nombreux. Il est inutile d'insister sur ce phénomène, mais ses effets sont inéluctables: nos collègues sont de plus en plus pris par l'étude de leurs disciplines. Ils disposent donc de moins de temps à consacrer à la lecture des travaux historiques. Si ce phénomène est préoccupant, il convient toutefois de souligner qu'il comporte d'heureuses exceptions. Certains professeurs, notamment de droit public, comme Michel Troper, Pascale Gonod, Jean-Jacques Bienvenu ou Stéphane Rials, sont profondément passionnés par l'histoire des matières qu'ils enseignent. Leurs travaux personnels et ceux qu'ils dirigent contribuent à l'enrichissement de la recherche historico-juridique, de même que deux revues fondées par ce dernier, revues auxquelles collaborent très souvent des historiens du droit: *Droits. Revue*

française de théorie, de philosophie et de culture juridiques; Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique.

Il importe de relever aussi l'heureuse conséquence d'une modification de la composition des jurys d'agrégation des disciplines juridiques: la présence d'historiens du droit au sein des jurys de droit public ou de droit privé et celle de professeurs de droit public ou de droit privé dans les jurys d'histoire du droit.

Il apparaît aussi nécessaire de faire connaître les travaux des historiens du droit aux historiens non juristes. Traditionnellement, ceux-ci ne se montrent pas très sensibles aux travaux des historiens du droit. Sans doute, à la base, pour des raisons d'ordre idéologique. Ces historiens éprouvent le sentiment que les historiens du droit étaient d'esprit trop conservateur, qu'ils étaient trop indulgents envers les institutions de l'Ancien Régime, et qu'ils le sont encore pour une large part. Les historiens non juristes ont également tendance à penser que les historiens du droit se comportent trop souvent en exégètes des textes juridiques, qu'ils ne replaceraient pas assez dans leurs contextes socio-économiques. Ces préjugés persistent, même s'ils sont de moins en moins fondés (dès leurs origines, ils étaient contestables: les historiens du droit ne formaient pas un bloc monolithique au plan socio-politique, et certains d'entre eux se comportèrent en pionniers d'études sociologiques).

Un autre sentiment peut jouer à l'encontre des historiens du droit. Les historiens non juristes se spécialisent de plus en plus dans l'étude d'une période. Cela peut leur donner l'impression que les historiens du droit ne se concentrent pas assez sur une seule époque, que leurs recherches portent sur de trop longues périodes. Quoi qu'il en soit de ces raisons, le relatif désintérêt des historiens non-juristes envers les travaux des historiens du droit apparaît regrettable. Il l'est même d'autant plus que ces historiens se retournent vers l'histoire politique et institutionnelle, qu'ils avaient délaissée pour des problématiques socio-économiques. Or, les historiens du droit sont en mesure d'apporter l'aide de leurs connaissances techniques. La collaboration des uns et des autres — dont il existe heureusement des exemples fructueux — ne peut que donner des résultats positifs, en combinant diverses approches.

Les historiens du droit doivent aussi chercher à atteindre les professionnels du droit, qui ne sont pas forcément conscients des

développements des recherches menées dans les Universités sur leurs domaines d'activité. Une innovation majeure les incite cependant, depuis peu, à s'informer de ces recherches et même à souhaiter des études précises sur divers sujets: c'est l'introduction dans la Constitution de la V^e République de la « question prioritaire de constitutionnalité ». Cette procédure nouvelle a été créée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Désormais, une partie à un procès peut soutenir qu'une « disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Dans ce cas, le Conseil constitutionnel peut être saisi sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Si cette disposition législative est déclarée inconstitutionnelle, elle est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou à la date que fixe celui-ci. Or, de nombreux textes anciens ont fait l'objet de cette procédure de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. Il est donc apparu utile, voire indispensable, de se pencher sur la nature juridique de certains textes anciens pour savoir s'ils étaient bien des « dispositions législatives ». Ce fut par exemple le cas d'un des textes fondamentaux du droit administratif français, le « décret » du 16 fructidor an III (2 septembre 1795). De façon plus générale, la mise en cause de la constitutionnalité d'une disposition législative conduit à en rechercher l'origine et les interprétations jurisprudentielles qui en ont été données jusqu'à présent.

L'Association des Historiens des Facultés de Droit a donc entrepris de montrer qu'au sein d'un monde universitaire en proie à de graves difficultés et incertitudes, l'histoire du droit était une discipline dynamique, dont les enseignants n'avaient jamais été « aussi nombreux et ouverts à de multiples champs de recherches ».

On compte actuellement environ 300 professeurs et maîtres de conférences d'histoire du droit. Un concours d'agrégation propre à la discipline existe depuis 1896. Il a lieu tous les deux ans, permettant de recruter un nombre de professeurs fixé par le ministre. Les maîtres de conférences peuvent être aussi promus professeurs par d'autres procédures. Eux-mêmes sont recrutés par des comités de sélection dont la composition est déterminée par l'Université qui a déclaré le poste à pourvoir. Mais ne peuvent candidater à ce poste que les docteurs qui ont été « qualifiés » par la troisième section du Conseil National des Universités, celle des historiens du droit. En

pratique, le nombre des postes de maître de conférences tourne chaque année autour de la dizaine.

Les historiens du droit sont répartis dans 58 Universités. Ils sont présents aussi dans quelques autres institutions, comme l'École Normale Supérieure, l'École Nationale des Chartes, l'École Pratique des Hautes Études, des Instituts d'Études politiques, et au sein du Centre National de la Recherche Scientifique. Leur présence au sein de si nombreuses Universités présente un avantage: elle permet de toucher presque tous les étudiants en droit et donc de leur faire prendre conscience de l'intérêt que peut présenter une approche historique pour la compréhension du droit positif. En ce qui concerne la recherche, elle a pour effet de conduire à l'existence d'un nombre élevé de centres de recherches en histoire du droit: 24 centres en principe autonomes et 12 centres intégrés à d'autres équipes.

Cette diversité est en elle-même positive, car elle conduit à l'étude de davantage de matières, de thèmes. En contrepartie, ce morcellement pose des problèmes. Il entraîne un manque de coordination des recherches entreprises et fait courir le risque que des travaux de qualité ne soient pas assez connus, assez diffusés.

La plus ancienne revue spécialisée qui fasse connaître les travaux français d'histoire juridique est la *Revue historique de droit français et étranger*, qui a été créée en 1855. Ses fondateurs ont exprimé, dès son origine, la conviction que seule la méthode historique permettait de comprendre le développement des sociétés et de leurs institutions juridiques, comme l'ont bien relevé Françoise Fortunet et Michel Petitjean dans leur présentation des « revues françaises d'histoire du droit » au sein du n° 29 de la *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno*, consacré en 1988 à « La culture des revues juridiques françaises ». Outre les articles — qui ne proviennent pas seulement d'auteurs français —, elle publie d'importantes chroniques et des comptes rendus. Toute récente est au contraire *Clio et Thémis*. Cette innovante revue électronique d'histoire du droit, fondée par Jean-Louis Halpérin, Grégoire Bigot et Frédéric Audren, a fait paraître son cinquième numéro en 2012 (<http://www.cliothemis.com>).

Des revues émanant d'Universités de province, la plus ancienne est celle de l'Université de Dijon, qui remonte à 1932: les *Mémoires*

de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands. Certains des numéros de cette publication annuelle sont consacrés à des thèmes précis. Elle est actuellement dirigée par Pierre Bodineau. Créée en 1947, la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit fait paraître, de Montpellier, un *Recueil de mémoires et travaux*, mais de façon épisodique. Il convient de souligner la création de nouvelles revues, manifestation du dynamisme de jeunes historiens du droit: les *Cahiers du Centre lyonnais d'histoire du droit*, à l'initiative de David Deroussin; les *Cahiers poitevins d'histoire du droit*, à celle d'Eric Gojoso; les *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-Mer français*, à celle d'Eric Gasparini. Les Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, que dirige André Cabanis, font paraître des *Études d'Histoire du droit et des idées politiques*. Il est bon de signaler aussi les volumes de la Société internationale d'histoire de la profession d'avocat, fondée par Jean-Louis Gazzaniga, ceux de la Société française de publication de textes en histoire juridique qu'anime Antoine Leca depuis sa création, et la Revue *Méditerranées* créée par Jacques Bouineau. Quant à la *Revue Administrative*, que dirige François Monnier, elle publie de nombreux articles et chroniques historiques. Elle fait de surcroît connaître nombre de publications d'histoire du droit à son public d'administrateurs et d'universitaires. Naturellement, au-delà de ces revues que les historiens du droit considèrent comme leurs, les revues strictement historiques et celles de droit positif publient des études d'histoire juridique.

Chaque année, la Société d'Histoire du Droit, qui va célébrer son centenaire, organise une série de conférences qui ont lieu à Paris et un colloque international, soit en France, soit dans un autre pays, à l'invitation d'une Université. Depuis longtemps, comme l'avait suggéré Bernard Schnapper, ces Journées internationales de la SHD sont consacrées à un thème, les contributions étant ensuite réunies et publiées. Parmi les diverses publications, il convient de signaler le volume consacré à l'*Histoire de l'histoire du droit* (Textes réunis par Jacques Poumarède, préface d'Anne Lefebvre-Teillard; Presses de l'Université de Toulouse 1, 2006). La *Revue historique de droit français et étranger* tient régulièrement informé des activités de la SHD, que préside Sophie Démare-Lafont. Elle tient aussi informé

des conférences organisées dans le cadre de l'Institut de Droit romain de Paris, que dirige Jean-Pierre Coriat.

Un phénomène comparable de renouvellement s'est produit dans le domaine des manuels: à côté de la collection des Précis des éditions Dalloz et de celle des Manuels Thémis des Presses Universitaires de France, sont apparues des collections nouvelles: la collection Droit fondamental, dirigée, également au sein des Presses Universitaires de France, par Stéphane Rials; la collection des Précis Domat, à la création de laquelle a participé François Burdeau; la collection Corpus chez Economica, dont la série Histoire du droit est dirigée par Albert Rigaudière; la collection Champs Université chez Flammarion. La première de ces collections a permis, à partir de 1985, la parution d'ouvrages novateurs, dans lesquels chaque chapitre est suivi d'une bibliographie commentée et de perspectives de recherches. Ces ouvrages ne sont pas regroupés au sein d'une série historique autonome. Ils sont au contraire insérés dans les séries disciplinaires, ce qui les rapproche des ouvrages de droit positif, dont ils constituent véritablement l'« introduction historique ». De façon comparable, des Précis Domat ont pris place dans la série « Domat Droit public ».

Les ouvrages de la collection « Corpus » peuvent atteindre les dimensions de véritables traités, alors que ceux de Flammarion se présentent comme des « introductions historiques », dont le texte est suivi d'un glossaire pour les étudiants et d'une bibliographie générale. Naturellement, d'autres manuels, dont les dimensions sont variables en fonction des publics auxquels ils s'adressent — étudiants débutants ou confirmés, en droit ou en histoire — sont publiés, soit dans d'autres collections désormais regroupées chez LGDJ-Lextenso (tel est notamment le cas de celle de Gualino), soit par d'autres éditeurs comme Armand Colin. Il convient d'ajouter que la création du cours d'introduction historique au droit en première année de licence a suscité la parution de manuels consacrés spécialement à cette matière qui dépasse la distinction entre droit public et droit privé, qui conduit à insister sur les sources du droit, sur les Écoles juridiques, sur les grands traits de l'évolution juridique en France, mais aussi dans d'autres pays, et vient compléter l'étude de l'histoire des institutions publiques, laquelle fait, de son côté, l'objet d'un sensible renouveau. Le numéro 32 de la *Revue d'histoire*

des Facultés de droit et de la culture juridique, qui vient de paraître en 2012, reproduit les débats d'une table ronde sur le thème: « Écrire un ouvrage d'histoire des institutions aujourd'hui » (pages 483-501).

La publication des thèses de doctorat n'est malheureusement pas aussi facile qu'il faudrait qu'elle le soit, et ce pour des raisons essentiellement financières. Cette publication n'est guère envisageable que si elle est largement financée par une ou plusieurs subventions. Celles-ci peuvent provenir de l'obtention d'un Prix à l'issue d'un concours de thèses, comme celui, biennal, de l'Association des Historiens des Facultés de Droit, ou ceux de l'Assemblée nationale ou du Sénat. Elles peuvent émaner aussi du Ministère de l'Enseignement Supérieur, de collectivités locales, d'institutions publiques comme le Comité pour l'histoire économique et financière de la France, de fondations privées comme la Fondation Varenne. Les Centres de recherches dépendant des Universités consacrent, lorsqu'ils le peuvent, une partie de leurs ressources au financement de l'impression de thèses élaborées en leur sein. Cette diversité de financements se traduit par la diversité des éditeurs, nationaux ou locaux. Il convient à ce propos de signaler les publications faites dans le cadre de la Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, que dirige François Saint-Bonnet, qui a succédé à Pierre Timbal (Librairie générale de droit et de jurisprudence); celles de la collection « Romanité et modernité du droit », qui paraît, sous la direction de Michel Humbert et d'Albert Rigaudière, chez de Boccard. D'autres thèses ont été régulièrement publiées par la Société française de publication de textes en histoire juridique d'Antoine Leca. D'autres encore se trouvent dans la liste de la collection d'histoire des institutions et des idées politiques que dirige Michel Ganzin, et qui paraît, comme la précédente, aux Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

Au passage, il convient de souligner le développement de nombreuses éditions universitaires, ce qui est précieux pour les historiens du droit (outre celles d'Aix-Marseille, on peut citer comme exemples celles de Grenoble, Lille, Nancy, Nice, Paris (Éditions Panthéon-Assas), Poitiers, Rennes, Rouen ou Toulouse). Enfin, La Mémoire du Droit ne se contente pas de son activité de librairie d'ouvrages juridiques anciens. Elle réédite de tels ouvrages

avec des présentations faites par des universitaires et édite même de nouveaux ouvrages, comme celui de Mathieu Touzeil-Divina sur la *Doctrine publiciste française au XIX^e siècle*, ou celui qui répertorie l'ensemble des volumes de *Mélanges* qui ont été publiés en l'honneur de professeurs éminents. De tels volumes contiennent surtout des articles d'histoire juridique lorsqu'ils sont offerts à des historiens du droit. Des articles écrits par le dédicataire de l'ouvrage lui-même, dont son Université est heureuse de donner une nouvelle publication qui les rendra plus accessibles. Ou des articles rédigés par des collègues et des disciples dudit récipiendaire, souvent sur les thèmes de prédilection de celui-ci. Parmi les *Mélanges* du premier type, on peut citer ceux de Paul Ourliac, de Germain Sicard, d'Henri Gilles, d'Henri Morel, de Jean-Louis Gazzaniga, d'Olivier Guillot, de Gérard Guyon, de Bernard Schnapper. Parmi ceux composés de contributions diverses, on peut mentionner ceux offerts à Jean Dauvillier, André Gouron, Jean Gaudemet, Jean Imbert, Maryse Carlin, Jean Bart, Renée Martinage, Jean-Pierre Royer, Albert Rigaudière, Anne Lefebvre-Teillard, Jean Hilaire, Christian Dugas de la Boissonny, Michel Vidal.

Si les publications de *Mélanges* sont traditionnelles, celle du *Dictionnaire historique des juristes français* a constitué une innovation remarquable. Cet ouvrage, conçu et dirigé par Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, comprend 1278 notices (dont quelques-unes consacrés à des manuscrits ou à des livres dont l'auteur reste inconnu): 168 pour la période médiévale, 688 pour la période moderne (XVI^e siècle-1789) et 422 pour l'époque dite « contemporaine » (à partir de la Révolution). 152 universitaires et chercheurs, essentiellement historiens du droit, ont pris part à ce travail, dont la réalisation doit aussi beaucoup à Frédéric Audren et à Géraldine Cazals. Publié par les Presses Universitaires de France en 2007, ce très riche instrument de travail et de consultation a vite fait l'objet d'un tirage. Une seconde édition est en cours de réalisation.

Pour mettre en valeur l'importance et la diversité des recherches de ses membres, l'Association des Historiens des Facultés de Droit a tenu à la fin de janvier 2013 une table-ronde qui va déboucher sur la parution d'un livre intitulé *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances et nouveaux territoires*.

Les « nouveaux territoires » sont évidemment les nouveaux champs d'études sur lesquels travaillent les historiens du droit. Quant aux « nouvelles tendances », ce sont les problématiques novatrices qui apparaissent dans l'étude des matières considérées comme « classiques », c'est-à-dire les domaines traditionnels de la discipline, qui a acquis son autonomie en 1896, lorsque le concours national et unique des professeurs des Facultés de Droit a fait l'objet d'une partition: le droit romain; l'histoire des institutions publiques; l'histoire du droit privé (principalement du droit civil, c'est-à-dire des matières figurant dans le *Code civil* de 1804); les histoires du droit pénal et de la procédure criminelle; du droit canonique et de la pensée politique.

Nouvelles tendances et nouveaux territoires ont été présentés à la rencontre organisée à Versailles par Jacques Krynen et Bernard d'Aleroche à la fin de janvier 2013, à travers vingt-neuf contributions émanant de groupes de travail constitués autour d'un rapporteur. La plupart de ces contributions ont porté sur l'ensemble d'une discipline juridique. Les autres ont eu un objet et un cadre chronologique plus précis. Pourquoi la préférence a-t-elle été donnée à une présentation par matières plutôt qu'à une présentation par périodes historiques ? Essentiellement parce que la majorité des participants aux réunions préparatoires a éprouvé le sentiment que cette présentation mettrait davantage en valeur les développements de nos travaux auprès des collègues que nous côtoyons dans les Facultés de Droit. On a pensé que nos collègues publicistes et privatistes seraient satisfaits de trouver facilement dans cet ouvrage le ou les chapitres correspondant à leurs spécialités et qu'ils prendraient ainsi plus aisément conscience des apports récents des historiens du droit.

De ces vingt-neuf contributions, voici une brève recension, en commençant par celles relatives aux domaines traditionnels de la discipline. En ce qui concerne le droit romain, l'accent a été mis sur son « actualité ». Son étude fait l'objet d'un débat entre les romanistes qui pensent qu'elle doit rester « purement scientifique » et ceux qui estiment qu'elle doit être mise en lien avec les applications actuelles et les effets contemporains de ce droit si prestigieux. Ce débat contribue à l'ouverture des problématiques et à la vitalité des recherches. L'assyriologie juridique est aussi matière à débats, les

spécialistes se dégageant des conceptions des premiers savants qui se sont lancés dans l'étude des écrits juridiques cunéiformes.

Les recherches portant sur l'histoire « des droits du haut Moyen Âge » (du V^e au XI^e siècle), dont les auteurs sont actuellement peu nombreux, visent à mieux établir le dualisme entre romanité et germanité. Elles sont utiles aux médiévistes non-juristes et aux historiens du droit car il s'agit d'une période charnière. La « romanisation du droit privé français du XI^e au XVIII^e siècle » apparaît comme un thème qui mérite d'être étudié à travers un cadre stimulant qui avait été proposé par Jean-Philippe Lévy. L'histoire du droit canonique constitue « une discipline ancienne qui garde ses orientations traditionnelles »: l'étude des sources, l'étude du droit canonique médiéval, l'étude des institutions de l'Église et des rapports de celle-ci avec les puissances séculières. Mais les historiens du droit canonique se sont rapprochés soit des privatistes, soit des publicistes intéressés par la recherche des origines canoniques de secteurs entiers des droits contemporains. De nouvelles orientations viennent donc se greffer sur un arbre multi-séculaire. Trois grands facteurs conduisent en outre à s'attacher davantage aux Temps modernes: la sécularisation; les Codes canoniques et le regain d'intérêt pour les droits des religions.

L'histoire de la justice connaît un renouvellement. L'histoire de la procédure civile, longtemps négligée, suscite un intérêt croissant, que l'on peut rapprocher des préoccupations du droit contemporain sur le « procès équitable ». Quant aux recherches sur l'histoire du droit pénal, particulièrement importantes depuis longtemps, elles se sont élargies en prenant en compte des perspectives anthropologiques et en développant les perspectives comparatives. Les bicentennaires des Codes pénal et d'instruction criminelle ont contribué à attirer l'attention des pénalistes, de même que la fréquence des débats d'ordre politico-idéologique sur le traitement de la délinquance rappelle l'importance de ce sujet.

En ce qui concerne l'histoire du droit de la famille, les nouvelles tendances consistent dans une exploitation beaucoup plus importante des actes de la pratique qu'auparavant et dans le recours aux disciplines voisines dont la généalogie, qui suscite en outre un engouement considérable dans la population, augmentant fortement la fréquentation des dépôts d'archives. L'ouverture aux acquis de

l'anthropologie, de la sociologie et d'autres sciences humaines permet de mieux comprendre les évolutions des normes et des techniques juridiques. Symétriquement, l'histoire du droit de la famille, religieux ou laïque, légal ou coutumier, peut apporter des éclaircissements dans la période actuelle, celle d'une famille à la fois en crise et perçue comme un recours indispensable.

Beaucoup moins sujet à bouleversements, le droit des obligations est l'héritier d'une évolution dont a trop souvent négligé l'intérêt, en ayant l'impression que les législateurs avaient, pour l'essentiel, transposé le « chef d'œuvre de la législation romaine ». Certes, le travail effectué par des auteurs largement tributaires de la tradition a rendu les ruptures moins nettes en la matière, mais l'historien du droit peut faire ressortir des infléchissements et des différences révélatrices et prendre part aux débats sur les projets de codifications internationales.

L'étude des liens entre le droit et les idées politiques attire de plus en plus l'attention des spécialistes de celles-ci. Traditionnellement, l'histoire de ces idées apportait un éclairage indispensable à l'étude des régimes politiques, voire des institutions publiques. Désormais, elle met en relief la transmission d'une culture de gouvernement entre les générations successives de juristes et d'agents du pouvoir. Elle s'intéresse davantage aux concepts juridiques, y compris ceux considérés comme relevant du droit privé. Elle cherche à en retracer les évolutions dans la longue durée, rejoignant par là l'histoire de la pensée juridique proprement dite.

Depuis la fin du XX^e siècle, l'histoire de la pensée juridique qui est, elle aussi, en plein développement, a élargi considérablement son champ de recherches, tout en gagnant en vigueur. Des travaux consacrés à des auteurs jusqu'alors jugés « mineurs » ont permis de dépasser une histoire trop circonscrite pour analyser des doctrines moins élaborées, mais bien représentatives de leurs époques. « Permettant de mettre en évidence les lieux d'émergence et de production de la pensée, s'interrogeant sur les formes d'expression du droit et de son enseignement, ils contribuent ainsi à dessiner une histoire de la pensée juridique bien moins linéaire » que celle que l'on exposait traditionnellement. Cela vaut pour le Moyen Âge, les Temps Modernes et la période contemporaine, qui fait l'objet de travaux particuliers suscitant l'intérêt des publicistes et des priva-

tistes désireux de mieux comprendre « la construction d'une mémoire des juristes » qu'ils transmettent plus ou moins consciemment à leurs étudiants. En lien avec ce développement de l'« histoire culturelle du droit », les travaux consacrés à l'histoire des Facultés de Droit se font beaucoup plus nombreux et ouverts. Portés à la fois par les commémorations des créations de l'époque napoléonienne et par les interrogations provoquées par les réformes universitaires, ces travaux ne se contentent pas de retracer l'histoire des institutions universitaires. Ils s'efforcent de resituer la contribution de ces Facultés dans l'histoire des savoirs. « Redécouvrant la figure historique de l'étudiant mais aussi le poids des logiques sociales et politiques », ils en viennent à s'interroger sur l'adéquation de l'éducation juridique aux besoins de la société.

Les travaux relatifs à l'histoire du droit constitutionnel connaissent une évolution épistémologique profonde, qui a été provoquée par la métamorphose qu'a connue ce droit, plus tard en France que dans d'autres pays, métamorphose due avant tout à l'importance prise par le contrôle de la constitutionnalité des lois. Ces travaux ne portent donc plus seulement sur les institutions politiques et sur leurs rapports. Ils tirent de l'oubli les contrôles de la constitutionnalité des décisions de justice et des actes de l'administration qui ont existé sous la Révolution et au XIX^e siècle, avant d'être quasiment privés de substance par la concision des lois constitutionnelles de 1875, celles de la III^e République. Au plan diachronique, ces travaux franchissent « le Rubicon de 1789 ». Ce que l'on appelle le « constitutionnalisme d'Ancien Régime » fait l'objet de stimulants travaux. Le thème des rapports entre le pouvoir monarchique et la magistrature est profondément revisité, depuis le Moyen Âge jusqu'à l'époque actuelle. De façon plus générale, l'histoire des normes et de leur coexistence depuis le Moyen Âge fait l'objet d'études spécifiques, auxquelles a été consacrée une contribution.

L'histoire du droit administratif, longtemps négligée, est devenue « depuis plusieurs dizaines d'années un champ d'analyse caractérisé par un fort dynamisme », selon l'appréciation de l'un des directeurs d'un *Traité de droit administratif* paru en 2011. Elle a fait l'objet de deux démarches complémentaires. L'une, dogmatique, consiste à poser diverses conditions pour qu'existe un droit admi-

nistratif et à se demander à partir de quand ces conditions ont été réunies. L'autre, pragmatique, consiste à retracer l'histoire des règles portant sur « les matières administratives ». La combinaison de ces deux démarches, *a priori* opposées, a donné des résultats fructueux: plusieurs ouvrages généraux ont paru, ainsi que d'importantes thèses et des articles révélateurs. En ce domaine aussi, on peut dire que « le Rubicon de 1789 a été franchi ».

Autre matière fondamentale du droit public, les finances publiques font l'objet d'un intérêt croissant de la part des historiens du droit, qui ont fait bénéficier son étude, restée longtemps l'apanage d'historiens non-juristes, de leurs compétences techniques. Leurs travaux ont porté principalement sur trois grands domaines: la fiscalité, la gestion publique des finances et les juridictions financières.

L'histoire du droit des affaires n'a pas encore obtenu, selon son meilleur spécialiste lui-même, Jean Hilaire, « l'importance qu'elle aurait dû avoir dans notre historiographie ». Il suggère d'ouvrir son horizon dans les années à venir et de la penser dans le cadre européen. Son *Introduction historique au droit commercial* n'en demeure pas moins une précieuse synthèse pour la France, et d'autres études ont paru depuis. L'histoire du droit du travail a également fait l'objet d'une synthèse et de divers travaux de qualité, ainsi que l'histoire de la protection sociale.

Cette histoire tenait à cœur à Jean Imbert, qui avait renouvelé l'histoire hospitalière avant de jouer un grand rôle dans la réforme des hôpitaux. L'histoire du droit de la santé connaît un développement spectaculaire depuis le début de ce siècle. Quant à l'histoire du droit de l'environnement, elle en vient à ajouter l'évolution du droit des biens à celle de la protection environnementale *stricto sensu*.

Autre discipline récente et en pleine expansion, le droit du patrimoine culturel attire l'attention d'historiens du droit. Leur intervention dans les équipes de recherches qui se consacrent à celui-ci est d'autant plus logique qu'il concerne entre autres les monuments historiques, les archives, les musées, les bibliothèques, l'histoire des sources juridiques et leur valorisation. L'écriture d'une histoire du droit du patrimoine culturel apparaît donc comme une tâche fort utile.

L'histoire comparée du droit a tardé à séduire les historiens français du droit, qui sont restés globalement attachés à leur histoire nationale pendant longtemps. Depuis une vingtaine d'années, il en va autrement. Les études comparatives touchant les zones frontalières de l'Italie, de l'Espagne et de la Belgique se sont multipliées. Se manifeste aussi un regain d'intérêt pour la dimension européenne des droits savants. L'intérêt porté à la diffusion du « modèle juridique français » suscite des travaux, en même temps qu'on prête davantage attention à l'influence que les droits étrangers ont pu exercer en France. On prend plus en considération les droits extra-européens. Ce développement de l'histoire juridique comparative s'accompagne d'une réflexion méthodologique sur « l'éclatement des cadres de pensée nationaux et la circulation des phénomènes juridiques ». De façon comparable s'affermirait l'histoire européenne des institutions.

Si l'évolution qui a conduit, depuis la Seconde Guerre mondiale, à l'Union européenne, a puissamment contribué à cette dernière histoire, la décolonisation a entraîné un « complet abandon » de l'histoire du droit et des institutions des anciennes colonies de l'Empire français. Celle-ci est en train de connaître, cependant, un regain d'intérêt. Les liens avec les États devenus indépendants — il y a désormais plus d'un demi-siècle — ont évolué, ce qui rend moins délicate l'étude du passé colonial de la France. Cette étude intéresse, de façon plus apaisée, les étudiants issus des anciennes parties de l'Empire français qui viennent dans nos Universités, et des étudiants français issus de parents ou de grands-parents ayant vécu, au moins durant une partie de leur vie, dans ces pays.

Ces pays sont, parmi bien d'autres, des champs d'études anthropologiques. Selon la définition de Norbert Rouland, l'anthropologie juridique constitue « la discipline qui, par l'analyse des discours (oraux ou écrits), pratiques et représentations, étudie les processus de juridicisation propres à chaque société, et s'attache à découvrir les logiques qui les commandent ». Elle vise à porter un regard sur l'altérité des autres sociétés, regard qui revient nous interroger sur notre propre société.

La problématique de l'histoire du droit colonial sera forcément mise en parallèle avec celle de l'histoire des droits de l'homme et des

libertés fondamentales, qui a fait l'objet de plusieurs colloques importants et suscite des recherches personnelles révélatrices.

Les deux dernières communications ont présenté un panorama de la recherche doctorale, celle des thèses de doctorat soutenues pendant la dernière dizaine d'années, et l'état actuel de l'historiographie de l'histoire du droit, qui a déjà été évoquée *supra*.

La récente réunion de l'Association des Historiens des Facultés de Droit a ainsi permis de survoler l'ensemble des thèmes qui seront traités dans *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, ouvrage désormais en cours de rédaction et qui devrait paraître à la fin de l'année.

En achevant cette présentation, je réalise encore plus combien Paolo Grossi a été fort bien inspiré de créer une Revue et une Collection d'ouvrages consacrées à l'histoire de la pensée juridique moderne, et quel courage il lui a fallu pour se lancer dans une telle aventure, dont les résultats sont aujourd'hui si imposants. Je tiens aussi à exprimer mes remerciements à Pietro Costa et à Bernardo Sordi pour m'avoir invité à participer à un Colloque qui a permis à des historiens du droit de continents divers de partager leurs visions de la discipline à laquelle ils se consacrent.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO
LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA ESPAÑOLA RECIENTE

I. Historiografía y medio político. El precedente de los “años sombríos”. — II. La Ruptura. — III. El florecimiento. — IV. Las sombras. — V. Historia del derecho y Memoria. — VI. El deber didáctico.

A pesar de las diversas definiciones existentes, en el fondo, una visión historiográfica no es más que una rendición de cuentas sobre el estado de la producción de especialidad. En este sentido, para proceder a realizar una visión sobre la reciente historiografía jurídica española me he permitido, a pesar del constante e insidioso recordatorio de la futilidad de las dataciones en Historia, tomar para la ocasión como referencia material un periodo cuyo inicio gira en torno a la simbólica fecha de la “transición política”.

Esta toma de postura, pues de esto se trata y así la asumo con toda consciencia, no es, sin embargo gratuita, sino que responde a dos objetivos precisos sobre los que pretendo centrarme. Tales objetivos, obvios por lo demás, son, en primer término, un acercamiento al entendimiento de la Historia del Derecho y las características de los temas que concentraban el interés de la *melior et sanior pars* de sus cultivadores. El segundo, de la función desempeñada y/o atribuida a la disciplina en los sucesivos planes de estudio, considerada *a priori* como una responsabilidad directa de sus cultivadores, o si se prefiere, los profesionales de la misma.

Como punto de partida asumo, si bien parcialmente dada la opción epistemológica que presupone, más que una definición al uso o las contribuciones específicas — pues la historia de la historiografía es también Historia — las dos primeras entradas que el *Diccionario* de la Real Academia Española de la Lengua atribuye a la voz historiografía. Esto es, “1. Arte de escribir la Historia” y “2. Estudio

bibliográfico y crítico de los escritos sobre historia y sus fuentes, y de los autores que han tratado estas materias”. Descarto, en consecuencia, la tercera y última opción: “3. Conjunto de obras o estudios de carácter histórico”. La razón de esta renuncia no estriba sólo, o tanto, en el ingente número de los mismos sino, fundamentalmente, en la desigual calidad y originalidad temática. Por consiguiente, me concentraré en las características de las líneas, en los objetos de investigación y en la descripción de las vicisitudes que afectaron y afectan a la disciplina y sus cultivadores desde los estertores de la Dictadura franquista, a mediados de los años setenta del siglo XX.

I. *Historiografía y medio político. El precedente de los “años sombríos”.*

Esta opción, por otra parte, se fundamente en una premisa elemental: la firme convicción de que la interpretación de la historiografía presume la incontestable asunción de la misma como una parte, y no precisamente subsidiaria, del medio cultural (pero también político) en el que surge y se produce. Un medio, en este caso, tan interesante como conflictivo. En particular porque se genera en el siempre enriquecedor clima donde la crítica se une a la expectativa de cambio, aunque debe reconocerse que ninguna de las dos se llevaron a cabo, ni de hecho afectaron, con igual intensidad al concreto terreno de la historiografía jurídica.

En buena medida sucedió así porque, en lo que a la Historia del Derecho se refiere, su producción y desarrollo se vio condicionado por contingencias y circunstancias impuestas por la posguerra. Por un lado, contingencias derivadas del exilio forzado y, por el otro, las circunstancias propias de una servil posición científica que condicionó los estudios de los no exiliados, quienes sometieron sus aportaciones no a un proceso de falsación en el sentido popperiano del término, sino, directamente, de falseamiento.

Es cierto, a este respecto, que tales peculiaridades son compartidas con los historiadores generales, porque todos, salvo excepciones muy contadas, trabajaron gustosamente sólo sobre aquellas partes de la “tradición hispánica” que entroncaban con los supuestos principios del *Movimiento Nacional*, desdeñando, por tanto, cualquier tema que podía sonar a innovación. Un desdén particu-

larmente intenso cuando se trataba de asuntos relativos a la ilustración o el liberalismo. Y, precisamente, porque muchos de los temas y asuntos enlazaban directamente con aspectos sustanciales del ordenamiento jurídico en general y del constitucionalismo en particular, en la Historia del Derecho adquieren una dimensión específica. En especial, porque entraban de lleno en la función del jurista y, en concreto, del historiador del derecho.

Porque es evidente que, desde los muy inmediatos finales del siglo XIX, coincidiendo con una crisis que en la España finisecular fue además de identidad, la disciplina no sólo gozaba de muy buena salud en la Facultades de Derecho, sino que, de hecho, se había profesionalizado entre nosotros, como demuestran los casos de Altamira o Ureña ⁽¹⁾. Incluso, si bien a gran distancia, Joaquín Costa. Fue éste un proceso que alcanzaría su punto culminante con la aparición del *Anuario de Historia del derecho* en 1924, al socaire de historiadores algunos de los cuales carecían de una adscripción jurídica formal, pero que reconocieron, a pesar de sus innegables restricciones, la función irrenunciable, y muy determinada, de la materia. Una función capital que si en el campo epistemológico debía mucho al historicismo de cuño rankiano y, tal vez, menos a la diltheniana configuración como ciencia del espíritu de la Historia, en otros aspectos no estaba en absoluto exenta de condicionamientos políticos o, si se prefiere, del “uso público de la Historia” e, incluso, de “política del derecho”. Los casos de los mencionados Altamira y Costa son, me parece, lo suficientemente elocuentes. Sobre todo en ese momento de “emancipación”, al que alguien no ha dudado en nuestros días en describir como un nacimiento provisto de “exceso de nobleza en la ambición” ⁽²⁾.

Se considere o no acertada la anterior aseveración, es indudable que ese fértil periodo inicial se abortó con la guerra civil, tras la cual la disciplina entro en una fase que, salvo las muy puntuales excep-

⁽¹⁾ A este respecto, C. PETIT, *El catedrático y la biblioteca. Visigotismo y profesión universitaria de D. Rafael de Ureña*, estudio preliminar a R. DE UREÑA, *La Legislación gótico-hispana* (1905), Urgoiti, Pamplona, 2003.

⁽²⁾ La frase es de A. Linage Conde en *Tomás y Valiente (1932-1996) en la historiografía jurídica en España*, en *Revista Internacional d'Humanitats*, 4 (2001), en línea.

ciones que también hubo — y que se aplican más a alguna obra en concreto que a los autores —, puede calificarse, en el mejor de los casos, de un “eruditismo” al servicio, casi siempre, de intereses espurios. Se trata de un proceso que discurre paralelo a la relegación de la misma a un lugar muy secundario en los planes de estudio ante la pasividad, cuando no aquiescencia, de sus cultivadores.

He considerado pertinente introducir estas consideraciones sobre el origen y los “años sombríos” de la Dictadura porque, me parece, contribuyen a la comprensión de dos aspectos muy concretos. En primer lugar, evaluar en su justa medida determinadas posturas que se producen en los años setenta y, en segundo, el continuismo inerte de viejas prácticas que, siempre a mi parecer, se observa en la historiografía española desde la segunda parte de los años noventa.

II. *La Ruptura.*

Algunas de las posturas a que se ha hecho alusión en el párrafo anterior tienen un precedente empírico que se remonta a la década anterior, mediados de los sesenta, cuando algunos — pocos — historiadores del derecho “osaron” investigar sobre épocas — alta modernidad, Ilustración, S. XIX — y temas — derecho mercantil, derecho penal y, menos, doctrina jurídica — no frecuentados con anterioridad. Pero se trata, en todo caso, de obras de historiadores que iniciaban por entonces su carrera académica profesional.

Nos situamos en 1974. En el primer número de *Historia, Instituciones, Documentos* (HDI) — una revista de especialidad auspiciada desde el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla — Bartolomé Clavero publicaba un extenso artículo titulado “La Historia del Derecho ante la Historia Social” (3). Desde un punto de partida asentado en la experiencia personal de su reciente e innovadora tesis doctoral publicada como monografía (4), Clavero, asumiendo la incontestable base jurídica de

(3) B. CLAVERO, *La Historia del derecho ante la historia social*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 1 (1974), pp. 240 ss.

(4) B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1360-1836)*, Madrid, Siglo XXI, 1974 (1°).

la disciplina, se siente obligado a defenderla frente a los ataques y menosprecio procedentes de otras especialidades históricas. Y lo hacía patrocinando una aproximación a las mismas, en especial a la Historia Social y, sobre todo, a la que se desarrollaba en la entonces todopoderosa Escuela de *Annales*, a pesar del abandono tanto de la inspiración marxiana como del respeto y protagonismo que a las instituciones jurídicas habían otorgado sus fundadores Lucien Febvre y, aún más, Marc Bloch, reemplazados ahora por la visión economicista-cuantitativa triunfante bajo la dirección de Braudel. Pero, al exponer su posición, Clavero no olvidaba incidir en algo fundamental: los peligros que acarrearba el uso, bastante asiduo por lo demás, de una dogmática retrospectiva o, en sus propias palabras, “la afición a proyectar las líneas constitutivas de la sociedad actual a sociedades históricas de carácter diverso” (5).

No es en absoluto superfluo recordar que escribía esto apenas dos años después de que en la “pagina introduttiva” del primer número de los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* — de tan profunda influencia en el sector más dinámico de la historiografía jurídica española (y no sólo) posterior — Grossi postulara un diálogo abierto y sin complejos con todas las ramas jurídicas y especialidades de las Ciencias sociales. Es decir, desde una posición diametralmente opuesta a la concepción que inspirara, un siglo atrás, aquellos dos grandes esquemas epistemológicos que adscribían forzosamente a los intelectuales entre el historicismo y el positivismo, a la que no pocos entre nosotros todavía guardaban fidelidad.

Se inclinaba así Grossi por la decidida opción de situar como objeto y premisa elemental de su Escuela al Pensamiento Jurídico. Y a Historia del pensamiento jurídico, pero especificando que se trataba del “científico y filosófico” privado, se refería Tomás y Valiente cuando, en términos elogiosos, hablaba de la *privatrechtsgeschichte* que se escribía en la Alemania de posguerra. Valiente lo consideraba todo un modelo que no dudó en ampliar, añadiéndole algunas características entre las que sobresalía su dimensión europea, a la obra y la labor de Coing al frente del Max Planck de

(5) CLAVERO, *La Historia*, p. 258.

Frankfurt. Lo hacía en 1976, en la UNAM mejicana, justamente un año más tarde de los acontecimientos de noviembre de 1975. Allí no sólo reivindicó el valor de una parte de la producción iushistoriográfica española, sino que se enfrentó al complejo — del que, por lo demás, eran directamente responsables — que, por lo menos desde finales del primer tercio del siglo XX, parecía afectar a los historiadores del derecho. Un complejo que giraba en torno a la validez, sobre todo jurídica, de la disciplina, contemplada siempre desde el ángulo de la “utilidad”.

Sintiéndose obligado a justificar una posición que a ninguna otra materia jurídica se pedía, Tomás y Valiente proponía entonces una “reflexión final” en la que, a partir de la naturaleza “bifronte”, esto es, histórico-jurídica — en la que casi primaba la primera, aunque lo jurídico acabaría por desplazar a aquella tras su paso por el Tribunal Constitucional —, apoyaba su defensa en la función primordial — y, desde luego, nada peyorativa — que debía desempeñar en los planes de estudio. Era la “formativa”, a la que complementaba su valor como un instrumento hermenéutico al servicio del derecho vigente ⁽⁶⁾.

Un año antes, el 3 de septiembre del simbólico 1975, Jesús Lalinde Abadía pronunciaba en la Universidad Hispanoamericana de La Rábida una conferencia ante los profesores de primer curso de las Facultades de Derecho. Publicada dos años más tarde (1977) en la, por entonces ágil, ya mencionada HID con el sugerente título “Hacia una Historia paralógica del Derecho” ⁽⁷⁾, Lalinde hacía ahí de nuevo hincapié en los dos principales problemas que por esa época afectaban a la disciplina según un diagnóstico que, en muchos aspectos, coincidía con lo expuesto por los dos anteriores.

Por un lado, decía, estaba la cuestión de la “tecnificación” que, en su opinión, “procede de su exclusiva inclusión en las Facultades

⁽⁶⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 5 (1978), pp. 431 ss. Este es, a mi parecer, el más representativo ensayo sobre este tema entre los varios que escribió.

⁽⁷⁾ J. LALINDE ABADÍA, *Hacia una historia paralógica del derecho*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 4, (1977), pp. 317 ss. En ese mismo n° aparece otra aportación de J. M^a MARTÍNEZ MARÍN, *Actitud metodológica e historia de las instituciones en Francia: una colaboración de conjunto*, pp. 49 ss.

de Derecho”. Por el otro, la “hostilidad” mostrada y demostrada por los historiadores generales. La primera, siempre según él, tenía su fundamento en una servil disposición hacia las exigencias “presentes y futuras” de los juristas, por así decir, dedicados al derecho vigente. La segunda se explicaba por las acusaciones de “creación autárquica” frente a las demás especialidades históricas, cuyos cultivadores, siguiendo el ejemplo de *Annales*, no desperdiciaban la ocasión para desprestigiar a la Historia del Derecho.

Lalinde, entonces, respondía con lucidez a las críticas procedentes de ambos flancos. A la “tolerancia” de los autoproclamados *domini iuris* oponía, con gran acierto a mi entender, un permanente “error muy general, y es el de confundir concepto con sistema de exposición”. Tomaba para ello como referencia la habitual distinción entre “lo cronológico”, donde prevalecían los puntos de vista históricos, y “lo sistemático”, que hacía otro tanto con lo jurídico, para negar con rotundidad — “esto no es cierto” — tal diferenciación. Porque para este historiador del derecho. “la diferencia que hay que establecer es la que existe entre los que se limitan meramente a describir los hechos histórico-jurídicos, o aún los que no lo son, y aquellos otros que aspiran a elaborarlos, abstrayendo esencias, clarificando con arreglo a categorías y observando fenómenos” (8). En resumen, reivindicaba como la nota más sobresaliente la interpretación.

De esta manera, frente al eruditismo inmediatamente precedente — lo lógico —, proponía “este conceptualismo — lo paralógico — (que), sin embargo, no debe llevar la autarquía como compañera de viaje”. No vacilaba, para reafirmarse, en señalar como prototipo del primero a García-Gallo, el más poderoso historiador del derecho durante las décadas de la Dictadura.

Las tres posturas que acaban de señalarse en los párrafos precedentes, y a las que por comodidad denominaré “metodológicas”, mantienen entre sí una conexión más estrecha de lo que las más que obvias diferencias entre su producción científica podría, *prima facie*, hacer suponer. Porque todos ellos, incluso quienes, como

(8) LALINDE, *Hacia una Historia*, p. 323. Este mismo historiador del derecho publicaría años más tarde una interesante reflexión *La historia del derecho ante la reestructuración política de Europa*, en *Ius Fugit*, 1 (1992), pp. 47 ss.

Pérez-Prendes, consideraban superada la polémica sobre la cientificidad sobre la que se habían pronunciado el propio Lalinde y Tomás y Valiente, lucharon con energía para recuperar la dignidad de la disciplina sacándola del lugar residual en que había permanecido durante el franquismo. Y para todos ellos, que se sentían juristas pero guardaban un profundo respeto por las ciencias sociales y una íntima afición a la Historia, la Historia del Derecho se presentaba como *episteme*, como conocimiento, y no como *techné*. O lo que es lo mismo, no era simplemente “un método para reflejar el pasado”, tal cual proponía hace apenas tres años (2010) en un sesudo artículo publicado en el diario español de mayor difusión Carlos García Gual ⁽⁹⁾, probablemente uno de los mejores conocedores de los clásicos greco-latinos y justamente reconocido traductor de los mismos. Parecía, pues, que, finalmente, la Historia del Derecho en España podía presentarse no como la “invención de una invención”, sino como contenedora de la mayor juridicidad entre las demás ramas jurídicas, cualidad que, pocos años más tarde, le reconocería Habermas.

III. *El florecimiento.*

Se puede comprobar en el esplendoroso desarrollo de la disciplina a partir de esa época. Eran esos los años en que a los ilusionantes setenta siguieron los feraces ochenta, que se alargan, creo, hasta mediados de los noventa. La apertura y frecuentación de la literatura de especialidad que se producía en el mundo, los asiduos contactos con los centros más prestigiosos — el Max Planck, el *Centro* florentino —, con el grupo que dirigía A. M. Hespanha en la Universidad Nova de Lisboa unidos a los que, en el interior, se practicaban con algunos historiadores generales, modernistas sobre todo, fomentaron la aparición de tendencias y líneas de investigación de elevado interés. Se volvía sobre el dominante medievalismo y la Monarquía — Clavero, Aquilino Iglesias, Petit — para despojarlos de, en el mejor de los casos, esquemas decimonónicos y, más frecuentemente, del formalismo servil e inerte que habían manteni-

⁽⁹⁾ C. GARCÍA GUAL, *El estilo de los Historiadores*, en *El País* del sábado 10 de julio de 2010, en línea.

do durante la Dictadura. Y se entró de lleno en el yermo panorama de la modernidad, de la codificación y constitucionalismo moderno desde un horizonte que incluía, por vez primera en muchas décadas, presupuestos de la cultura jurídica europea. Por entonces, hasta hubo relevantes historiadores del derecho que desempeñaron altos cargos políticos y administrativos y alguno de los más sobresalientes de entre ellos escribían con cierta frecuencia en los periódicos. Incluso se requería su opinión y asesoramiento para asuntos políticos de envergadura o especialmente controvertidos.

Es evidente que a esa situación excepcional contribuyó de manera explícita la nueva Constitución española de 1978. La estructura estatal autonómica que introdujo desató un interés historicista general que trascendió las esferas estrictamente constitucionales, y aún jurídicas, para llegar al gran público. Personas particulares y anónimas comenzaron entonces a hacer acopio de fuentes jurídicas “propias” para adornar las estanterías de sus bibliotecas ⁽¹⁰⁾, al tiempo que proliferaron las “historias generales” o territoriales, en muchas ocasiones auspiciadas por centros oficiales. Usualmente, tales “historias” incorporaban aportaciones de algún historiador del derecho, no necesariamente de los más innovadores o cualificados, al que se acudía como depositario de un saber específico, como clarificador y, no pocas veces, como sustentador-justificador de las propias, y en ocasiones inconfesables, expectativas políticas.

IV. *Las sombras.*

Sin embargo, la situación a la que se acaba de hacer alusión

⁽¹⁰⁾ Permítaseme aportar una ilustrativa anécdota personal. Cuando Tomás y Valiente accedió a la cátedra de Historia del Derecho de la joven Universidad Autónoma de Madrid, una de las primeras tareas a enfrentar era la creación de una sólida biblioteca, para lo que consiguió el respaldo, mediante la dotación de un fondo especial, del entonces Director General de Universidades, el también catedrático de la asignatura José Manuel Pérez-Prendes. Recuerdo haber reservado una edición del siglo XVIII de un texto jurídico medieval de uno de los “territorios históricos” cuyo precio era, exactamente, de 25.000 pesetas. Dos días más tarde, el propietario de la librería anticuaria me telefoneó para comunicarme que un industrial de la zona le había ofrecido 125.000 pesetas. Como cabe suponer, el ejemplar no llegó a formar parte del fondo antiguo del Departamento de Historia del Derecho de la UAM.

presenta varias características en las que es necesario detenerse. En primer lugar, la visión rupturista e innovadora estaba, desde luego, lejos de ser general. Más bien se trataba de excepciones entre una mayoría acrítica que, por inercia, reproducía los peores vicios de la época precedente y cuyas secuelas, desafortunadamente, todavía nos alcanzan en cierta medida. En segundo término, lo que se presentaba como una oportunidad irrepetible para la reivindicación de un digno status académico, acabaría por frustrarse en la práctica.

Y es que, si del primer caso, aplicable a mi parecer a todos quienes continúan sosteniendo la escisión entre Historia del derecho e Historia de las Instituciones como un dogma irrefutable — división, por cierto, consagrada por los propios planes de estudios que se mantienen imperturbablemente en tal adscripción — pueden ser representativas las inamovibles posturas acerca de la datación para fijar el contenido de la materia (algunos incluso lo fijan con fecha y hora: exactamente las 6,30 de la tarde del 5 de mayo de 1808, es decir, la abdicación de Carlos IV en Napoleón I), en el segundo influyen, asimismo, causas exógenas. Me refiero en concreto a las infortunadas políticas activas implementadas por los sucesivos Gobiernos, comenzando por la Ley Orgánica de Reforma Universitaria (LRU) de 25 de agosto de 1983. Sus efectos sobre la cooptación y formación del profesorado y en la investigación, profundizados por otras normas sucesivas de rango similar, han sido, y siguen siendo, desastrosos. En realidad, han generado una suerte de provincianismo, totalmente endogámico, que determina e influye directamente en la propia formación profesional de los historiadores del derecho, en las líneas de investigación y en su desarrollo. Al propio tiempo, condiciona la libertad de proceso creativo y, por consiguiente, afecta negativamente a la producción científica, todo lo cual va en deterioro de lo que la Historia del Derecho representa y, en consecuencia, de la creación científica veraz.

Un testimonio elocuentísimo al respecto es la proliferación de revistas de especialidad. Vinculadas en su mayor parte a los diferentes territorios, algunas ya nacieron con una clara finalidad nacionalista, por tanto restringida, y las otras, aprovechando simplemente la financiación de los respectivos gobiernos o instituciones autonó-

micas ⁽¹¹⁾. Su contenido, fruto, a la vez que indicador, de la propia mirada restrictiva que impone el propósito, no se caracteriza por la amplitud de miras. Las colaboraciones son con demasiada frecuencia descriptivas y, a salvo las ineludibles excepciones que impone la ley de probabilidades, en el mejor de los casos están a menudo contaminadas por un barniz de eruditismo del que, por lo demás, tampoco están exentas las generalistas de mayor divulgación a las que ya se ha hecho referencia.

Pero existen asimismo otras dos, y, a mi parecer, más graves, restricciones a las que es conveniente prestar una especial atención.

Se trata, la primera, de la tácita autolimitación espacio-temporal que afecta, incluso, hasta alguno de los profesionales más implicados. Porque salvo muy contadas excepciones ⁽¹²⁾, tanto que son prácticamente testimoniales, los temas de la Restauración y, sobre todo, la II República y las dos Dictaduras, parecen considerarse tabúes.

⁽¹¹⁾ Sin ánimo, ni mucho menos, de hacer aquí un catálogo de las revistas de Historia del Derecho, bastará citar como ejemplos, por lo demás muy dispares entre sí, *Initium. Revista catalana d'Historia del Dret*; *Ius Fugit. Revista de estudios histórico-jurídicos de la Corona de Aragón y Iura Vasconiae*, que desde 2004 sustituye a *Notitia Vasconiae*. Esta última, patrocinada por el Instituto Vasco de Administración Pública, apareció en 2002 “dedicada a los protagonistas y artífices del derecho histórico de los territorios de Vasconia”, incluida Navarra. Otras aparecen conectadas a Departamentos específicos, como la veterana *Cuadernos de Historia del Derecho. Revista del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense*; *Glossae*, o la más reciente, *Rudimentos legales*, vinculadas a los departamentos de Historia del Derecho de las Universidades de Murcia y Jaén, respectivamente. Impulsada por Manuel Peláez, catedrático de la disciplina de la Universidad de Málaga es *Cuadernos Informativos de Derecho Público, Procesal y de la Navegación*. La versión electrónica la representa *e-Legal Review* de periodicidad semestral, dirigida por José Manuel Pérez-Prendes, que ha publicado estudios clásicos de no fácil localización de historiadores del derecho de los siglos XIX y XX.

⁽¹²⁾ P. ej. Sebastián Martín sobre, entre otras, cuestiones de la doctrina político-constitucional durante la Segunda República (*El Derecho Político en la Segunda República*. Madrid, Universidad Carlos III. Dyckinson, 2011), el citado Clavero en algunos aspectos y alguna contribución de Tomás y Valiente sobre el “concepto de Estado Integral” en una de las primeras “jornadas” que el historiador antifranquista Tuñón de Lara dirigió en España: *La crisis de la Restauración España entre la Primera Guerra Mundial y la Segunda República: II Coloquio de Segovia sobre Historia Contemporánea de España*. Coloquio de Segovia sobre Historia Contemporánea de España, 1985, Madrid, Siglo XXI, 1986.

Ciertamente, este desértico panorama no deja de producir melancolía. Una melancolía similar a la que los primeros humanistas españoles, aquellos que como Juan de Lucena o el Marqués de Santillana frecuentaron o residieron largos años en las deslumbrantes cortes italianas de finales del siglo XV, sentían al regresar a casa. Porque de manera súbita viene a la memoria lo que ha sucedido en otras áreas académicas. Y es entonces inevitable recordar las contribuciones críticas de Grossi sobre las leyes raciales de los años treinta, las de Costa sobre el Estado fascista y las sociedades de posguerra o las de Cazzetta sobre el derecho laboral. Desde luego, se echa en falta un debate como el que, ya en los años ochenta, se sostenía en la Alemania no unificada, aún a pesar de los derroteros más que discutibles que siguió y las consecuencias que produjo.

Me refiero al que se llevó a cabo entre aquellos grupos que encabezaban Ernst Nolte y Jürgen Habermas acerca del inmediato pasado nacionalsocialista. Porque por encima de las respectivas posiciones ideológicas y más allá del alcance multidisciplinar que dicho debate sobre el pasado reciente suscitó, los argumentos jurídicos propios de la historia del derecho adquieren ahí un protagonismo de primera magnitud. Es suficiente recordar como el primero de los citados, Nolte, recurría como uno de los principales argumentos para sostener su posición a la diferencia entre el “país legal” y el “país real” en el tan controvertido como famoso artículo publicado en 1986 en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* ⁽¹³⁾ con un título por demás ilustrativo, “El pasado no va a desaparecer”, y la tan contundente como sólida crítica que llevaba la apasionada respuesta de Habermas ⁽¹⁴⁾.

Claro es que esta célebre polémica ⁽¹⁵⁾, cuyos términos sobre “el

⁽¹³⁾ E. NOLTE, *Die Vergangenheit, die nicht vergeben will. Eine Rede, die geschrieben, aber nicht gehalten werden konnte*, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 6 de junio de 1986, en línea.

⁽¹⁴⁾ J. HABERMAS, *Eine art Schadensabwicklung*, en *Die Zeit* de 11 de julio de 1986. El título de de la versión inglesa *Forever in the shadow of Hitler?*, (1993), es, por demás, ilustrativo.

⁽¹⁵⁾ Puede consultarse al respecto, entre otros W. ERLER, M. ROSE, U. SCHNABEL, *Geschichtswende? Entsorgungsversuche der deutschen Geschichte*, Friburgo, 1977, R. KÜHNEL (ed.), *Vergangenheit, die nicht vergeht. Die “historiker-Debate”. Darstellung, Dokumentation, Kritik*, Colonia, 1987, con aportaciones J. Habermas, W. J. Mommsen

uso público de la historia” han trascendido las fronteras internas y todavía hoy sirve de referencia ⁽¹⁶⁾, se incardina por derecho propio en el marco del “cambio acelerado” que experimentó la historiografía alemana de posguerra, la misma cuyas tres fases ha sintetizado con inteligencia el profesor suizo Bernecker ⁽¹⁷⁾. Fases en las que historiadores como Stürmer o Kocka ⁽¹⁸⁾, uno de los responsables de la así llamada “Historia posindustrial”, y politólogos como el propio Habermas escribían sobre temas “políticos” pero que, por esto mismo, entraban de lleno en el terreno que el academicismo tradicional atribuía a la Historia del Derecho. Ciertamente, se trataban intereses presentes muy reales, tales como la unificación de Alemania, en la que las cuestiones de historia jurídica tanto tenían que decir. Pero también, y como uno de los motivos principales, se defendía la reincorporación a la cultura política, y por ende jurídica, occidental de un “país sin historia”, es decir, de la República Federal Alemana, tras su alejamiento iniciado durante la época bismarckiana (y a la que, por cierto, parece estar retornando en la actualidad) ⁽¹⁹⁾. Un ejemplo ilustrativo lo aporta, a este respecto, el esfuerzo en este sentido específicamente supranacional y comparativo que desde la historia constitucional viene realizando Horst Dippel y la nueva orientación del Max Planck ⁽²⁰⁾.

En ese largo e intenso debate, donde se revisaban las etapas guillermina, Weimar y, naturalmente, la hitleriana, los conceptos estrella eran el Estado y la Nación. Pero, además, existía el propósito, con la vista puesta en futuro, de trabajar acerca de lo que

y K. Hildebrand; o W. Eschenhagen (ed.), *Die neue deutsche Ideologie. Einsprüche gegen die Entsorgung der Vergangenheit*, Neuwied, 1988.

⁽¹⁶⁾ Un reciente, y muy interesante, ejemplo lo aportaba el historiador M. Loff con las remisiones explícitas a este debate en su artículo “Memoria” publicado en el diario portugués *Público* de 27 de septiembre de 2012.

⁽¹⁷⁾ W. L. BERNECKER, *La historiografía alemana reciente*, en *Historia Contemporánea*, 7 (1992), pp. 31 ss.

⁽¹⁸⁾ M. STÜRMER, *Dissonanzen des Fortschritts*, Munich, 1986.

⁽¹⁹⁾ Vid., a modo de ejemplo, W. WEIDENFELD (ed.), *Die Identität der Deutschen*, Munich, Hanser, 1983.

⁽²⁰⁾ H. Dippel con su orientación supranacional de la Historia del constitucionalismo y como director del proyecto *Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhunderts/ Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century*.

Stürmer denominó “recuperar la memoria”, de acuñar conceptos y de interpretar el pasado ⁽²¹⁾. Que no se trata de una aplicación del aforismo *Historia magistra vitae* lo prueba la más que discutible posición del propio Stürmer y, sobre todo, la virulenta reacción de Nolte, con su denuncia de las “imágenes en blanco y negro” mencionadas en el citado artículo, y de sus entusiastas — y en la actualidad, al parecer, mayoritarios — seguidores. Es, más bien, la comprobación de un hecho evidente: la necesidad de colaboración de las diferentes especialidades y ramas en la búsqueda de la verdad. En este sentido, la polémica, que rebasa con creces los límites de lo político, resulto enormemente fructífera, incluso a pesar de los derroteros más que conservadores, reaccionarios, que siguieron y llegan hasta hoy mismo.

De todas formas, ninguno de estos aspectos es posible advertirlos entre los historiadores del derecho españoles, a pesar del cambio aceleradísimo que supuso el fin de la Dictadura en el que, como se ha visto, no sólo estuvieron inmersos, sino que respaldaron abiertamente algunos de ellos. El resultado de esta opción, en muchos casos provocada por inexplicables escrúpulos de toda clase, fue la paulatina génesis de una situación cuyos efectos afectan negativamente a la actual sociedad española en relevantísimos y muy delicados asuntos. Además, los historiadores del derecho mencionados, en realidad, no conformaban ni siquiera un grupo: eran figuras aisladas frente a una mayoría en la que no pocos incluso descalificaban cualquier estudio sobre el XIX como “periodismo”, con lo que no es difícil presumir que, adentrarse en el XX, podía ser considerado por esos mismos amarillismo o sensacionalismo.

En gran medida, esa mayoría seguía reproduciendo, voluntariamente o por inercia, la visión historiográfica franquista, sino ideológicamente sí sus métodos. Pero incluso para los más audaces los estudios, en general y salvo las excepciones aludidas, parecen tener como límite la promulgación del Código Civil en 1889. Asuntos tan sustanciales como el Estado, no se contemplan o, si lo son, se hacen desde la visión pre-constitucional que Clavero denunciaba con

(21) BERNECKER, *La historiografía*, pp. 44-5.

lucidez en 1994 ⁽²²⁾, lo que no deja de ser altamente preocupante, como el tiempo ha demostrado. En este sentido, no cabe menos de añorar, una vez más, como el asesinato de Tomás y Valiente frustró el que era el más ambicioso proyecto de su carrera, consistente en una investigación sobre el Estado desde los inicios del constitucionalismo moderno hasta el presente. Y, desde luego, es de justicia señalar como la más sólida monografía sobre los orígenes del mismo es obra del constitucionalista Joaquín Varela Suanzes ⁽²³⁾.

En ese panorama ¿cómo sorprenderse entonces que, ante las carencias, sean los administrativistas, los constitucionalistas, los laboristas e incluso algún que otro financierista, penalista, civilista o historiadores generales quienes se hayan ocupado de la materia? ⁽²⁴⁾ Observados con suficiencia desde las filas de los historiadores del derecho, vinieron a rellenar lagunas que nosotros no hemos acertado a cubrir, bien por imposibilidad manifiesta de los más implicados — ocuparse de otros asuntos para “depurarlos” o periodos del pasado que estaban “en blanco” —, bien por mera negligencia o comodidad. Y aunque es cierto que pueden, en efecto, ser susceptibles de determinadas críticas — en particular, la ausencia de lo que Pietro Costa denomina “contextualización” en el caso de los juristas y de “conceptualización” en el de los historiadores —, sus aportaciones, como mínimo, cumplen al menos la función “utilitarista” a la que se refería el profesor Lalinde.

A este respecto, no puede negarse que, de un tiempo a esta parte, los estudios sobre aspectos relativos al constitucionalismo, sobre todo, han arraigado en ciertos grupos. Pero, incluso en éstos, los límites temporales y espaciales parecer prevalecer. Por lo general

⁽²²⁾ B. CLAVERO, *Tejido de sueños. La historiografía jurídica española y el problema del Estado*, en línea.

⁽²³⁾ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, CEC, 1983 (1ª).

⁽²⁴⁾ Las referencias son muy extensas, pero al menos es de justicia señalar, entre otros, los nombres de los juristas: A. Gallego Anabitarte, S. Martín-Retortillo, Á. Menéndez Rexach y A. Nieto entre los administrativistas; I. Fernández Sarasola, J. Solé Tura, J. Varela Suanzes, entre los constitucionalistas, A. Martín Valverde, M. C. Palomeque López gd. E. de la Villa entre los laboristas, P. Salvador Coderch entre los civilistas o A. Rodríguez Bereijo entre los financieristas. Entre los historiadores, destacar a E. Laparra y los discípulos de M. Artola Gallego y P. Fernández Albaladejo.

se contempla el caso español — a lo sumo, su proyección colonial — como una realidad aislada, como si fuera ajeno al ámbito jurídico cultural occidental al que pertenece y al que, salvo etapas muy concretas y fácilmente discernibles, sus protagonistas históricos no sólo no renunciaron jamás sino que la asumían con naturalidad. La excepción la presenta, en mi opinión, una revista electrónica, *Historia Constitucional*, auspiciada, una vez más, por constitucionalistas, en este caso, de la Universidad de Oviedo.

No se trata, aquí y ahora, de postular una suerte de *World History* al estilo anglosajón, cuya referencia se sustenta en la comparación de las regiones del mundo, sino más bien de describir un panorama. Y, desde esta perspectiva, sólo se puede hablar de individualidades como las señaladas.

Son, en otro sentido, muchos los años que han transcurrido en los que, entre nosotros, nadie parece preocuparse por el status de la disciplina, salvo si acaso cuando corre un serio riesgo de desaparecer ante el enésimo cambio de plan de estudios (25). Los debates o las decididas tomas de postura como las señaladas al principio, simplemente no parecen interesar demasiado, lo que, paradójicamente, no implica en absoluto ausencia de publicaciones. Por el contrario, su número — al igual que en otros temas, seguramente por discutibles requerimientos académicos que premian la cantidad sobre la calidad — es abrumador, aunque, con frecuencia, apenas son algo más que las páginas dedicadas en las memorias de acceso a los cuerpos docentes, generalmente siguiendo directrices superadas por obsoletas. Por no aludir ahora al hecho de que, muchas de ellas, todavía responden o están ancladas en modelos o estándares decimonónicos que, en su momento, cumplieron un preciso, y precioso, cometido político.

(25) En este preciso sentido, y por estas circunstancias, se celebró el serio encuentro, auspiciado por Manuel Martínez Neira, uno de los pocos historiadores del derecho que se ocupa de épocas recientes con sus estudios sobre la universidad, *El papel de la Historia en la formación del jurista europeo*. Universidad Carlos III, 22-23 junio 2006. Agrupaba, fundamentalmente, a representantes de las disciplinas “amenazadas”, esto es, Derecho Romano e Historia del Derecho.

V. *Historia del derecho y Memoria.*

Tales debates, lejos de ser estériles, son, por el contrario, fundamentales, hasta esenciales, entre otras cosas para determinar el estatuto de cada disciplina desde la perspectiva de sus obligaciones didácticas como recordaban hace algunos años Grossi y Fioravanti (26). Entre estos deberes, ocupando un lugar prioritario, se encuentra la propia Memoria histórica. Porque, más que la calificación de “ciencia especial” que en su día Althusser otorgó a la Historia (27) — y la del Derecho, por definición, lo es — me parece que siempre hay que tener presente la opinión de Foucault acerca de las relaciones “poder-saber” y su acertada deducción de que la Historia puede parecer y aparecer como un “discurso histórico-político” (28). Aunque sólo fuera por esta razón, la expresión “hay que defender la veracidad”, bien pudiera admitirse como axioma para los profesionales.

En el preciso sentido que acaba de exponerse, en la lucha contra el “mito”, al que la Historia del derecho española, pesar de la función desmitificadora que Grossi reclama para los profesionales de la misma (29), estuvo sometida durante muchas décadas — mito que todavía permanece, desde perspectivas e inclinaciones personales todo lo diferentes que se quieran, en círculos no precisamente reducidos —, “ilustrar la problemática de la memoria y el olvido”, como exponía tiempo atrás la historiadora Josefina Cuesta Bustillo,

(26) P. GROSSI, *Il punto e la linea*, en G. REBUFFA y G. VISENTINI (eds), *L'insegnamento del diritto oggi*, Milán, 1996, entre otras muchas aportaciones al respecto.

(27) L. ALTHUSSER, *Solitude de Maquiavel (et autres textes)*. P.U.F., 1998, traduc. esp. *La Soledad de Maquiavelo*, Akal, 2008, en particulae “sobre la objetividad de la Historia”, pp. 17 ss.

(28) “No hay relaciones de poder sin una constitución correlativa de un campo de saber”. M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société* (1975-76), traduc. esp. *Hay que defender la sociedad*, Buenos Aires, Almagesto, pp. 24 ss.

(29) P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo futuro*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31/1 (2002), pp. 39 ss.; P. COSTA, *Histoire, théorie et histoire des théories*, en C.-M. HERRERA y A. LE PILLLOUER, *Comment on écrit l'histoire constitutionnelle?* Colloque d'Histoire Constitutionnelle, U. de Cergy, 17 octobre 2008, Kime, 2012.

es, incontestablemente, uno de esos deberes ⁽³⁰⁾. Es más, para el historiador del derecho “el deber de la memoria” es un imperativo porque, de lo contrario, el resultado inexorable no es otro que “la negación del hecho y la manipulación del olvido” — hechos, por cierto, que ya conformaban la base del “religiosissime scribere” que exigía la concepción de la Historia (“el bien duradero”) para Plinio el Joven ⁽³¹⁾ — y su consecuencia la reproducción de los errores pasados.

El patético silencio de la historiografía jurídica española ante nuestro trágico siglo XX es, a mi parecer, directamente responsable, con otras causas, de la proliferación de obras, por así decir, “meta-históricas” negacionistas de los regímenes dictatoriales que han alcanzado una inusitada divulgación, aunque esta se vea limitada a un público muy específico. Y los efectos no pueden ser más peli-grosos.

VI. *El deber didáctico.*

La Memoria, así concebida, guarda, además, una relación directa con la que, probablemente, es la función prioritaria desde el nacimiento de la Historia. Es decir, cuando sus fundadores, los griegos, la consideraban una parte fundamental de la *Paideia* como forjadora de la *areté* del *polités*.

Sin embargo, incluso desde esta perspectiva, es obvio que la Historia del Derecho ha tenido que enfrentarse, en todas partes, a un proceso continuado de auto-reflexión. Como indicaba I. Birocchi ⁽³²⁾, este proceso, acompañado en ocasiones de la autocritica, se debe en buena medida al lugar que ocupa en la moderna concepción

⁽³⁰⁾ J. CUESTA BUSTILLO, *La memoria del horror después de la Segunda Guerra Mundial*, en *Ayer*, 32 (1998), pp. 81 ss.

⁽³¹⁾ Y lo explica, y no por azar, a través de la diferencia entre oratoria (discurso político) e Historia: “Non plurimum refertur Tucidides ait: inter syntagína & anagonifa: quórum alterum oratio: alterum historia est”. Plinio el Joven, *Carta a Titinio Capitón*, en CAIUS CAECILIUS PLINIUS SECUNDUS, *Epistolae*, V, 8. Edic. Junnius Maius, Napoli, Mathias Moranis, 1476.

⁽³²⁾ I. BIROCCHI, *Presentación* a P. CARONI, *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, traduc. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2010, en línea.

de la ciencia del Derecho, concebido éste como un saber específico que, además, posee una visión autónoma del mundo. El resultado de una tal postura no puede ser otro que una situación en la que las distintas disciplinas poseen un status autónomo ellas mismas, por más que se defienda desde todas que su objetivo es común y consiste en la formación del jurista.

Sin entrar ahora en la desigual relevancia, y en la prevalencia de unas sobre otras, otorgada a las diferentes materias, y al margen de que, como el propio Birocchi señalaba, una tal visión impone el interrogarse el qué y el cómo que cada disciplina debe plantearse en relación con sus propias obligaciones didácticas, la pregunta fundamental va de suyo. Porque ¿hasta que punto el incuestionable particularismo congenial a tal percepción es causante del aislacionismo disciplinar indiferente cuyos efectos se manifiestan en la formación de los estudiantes de Derecho? Si se mira bien, el resultado salta a la vista: generaciones de jóvenes poseedores, en el mejor de los casos, de un conocimiento técnico pero en absoluto crítico. Un conocimiento destinado a reproducir mecánicamente el sistema tras haber recibido una enseñanza con demasiada frecuencia ajena a los intereses sociales. En resumen: todo lo contrario de lo que se entiende por jurista en el seno de la cultura jurídica occidental.

En ese marco docente, los temas a menudo se solapan o se reproducen en distintos programas, lo que no necesariamente implica una visión pluralista. Es un fenómeno que no sólo afecta a las materias consideradas “formativas” — derecho político, teoría y filosofía del derecho, historia del derecho — sino también a las de derecho vigente. Y, en ese marco, la historia del derecho se presenta ante todo como la “gran alberca” a donde todos acuden, en especial los cultivadores de las ramas, por así decir, “más positivistas” para clarificación de conceptos desconocidos o por razones de *elegantia iuris*. O lo que es lo mismo, para introducir refinados datos históricos, a veces sin orden ni concierto o de manera extemporánea, sin detenerse a pensar los ataques que eso supone para los rudimentos culturales que dicen invocar.

En su delicado libro *La soledad del Historiador del derecho*, Pio Caroni, que se opone con firmeza a la “resignación” en la aceptación del lugar atribuido a la disciplina, defiende, entre otras cosas, una Historia del Derecho ligada a la actualidad y, al mismo tiempo,

críticamente autónoma. Su reivindicación se fundamenta en la consideración de la misma como el medio más fidedigno para conocer el Derecho presente, las causas de sus dogmas e instituciones, yendo más allá de su mayor o menor validez como ordenamiento vigente. Desde luego, la razón adelantada por el profesor de Berna no puede ser más contundente: “historificar el derecho, expone, es el único medio para restablecer la verdad del derecho”. De nuevo, aparece la verdad como referencia, como un concepto universal que se impone al, todavía triunfante, restringido de certeza. Sin embargo, para conseguir tan noble objetivo, el propio Caroni advierte que es imprescindible una precisa actividad que él mismo resume en una tan breve como concluyente expresión: se trata de “educar para interpretar”, sin sometimientos ni limitaciones impuestas por exigencias temporales ⁽³³⁾.

En España, al igual que en otras partes, en lo que a la docencia se refiere, las exigencias temporales estuvieron dictadas por las propias contingencias políticas a las que, hasta mediados de los años setenta del siglo pasado, la materias jurídicas, entre ellas la historia del derecho, al igual que las demás disciplinas históricas, se sometieron o aceptaron, tal y como se viene indicando, salvo las puntualísimas excepciones ⁽³⁴⁾. Una inteligente descripción de la situación la aportaba, algún tiempo atrás, el historiador Emilio Castillejo Cambra ⁽³⁵⁾ al sintetizar los últimos dos siglos de enseñanza de la Historia en sucesivas etapas que identificaba con las del sucesivo triunfo de la antifilosofía, contrarrevolución, comunitarismo y republicanismo — entendido éste último en un sentido próximo al cívico definido por Michelman —.

Sin entrar ahora en las etapas anteriores a la Dictadura franquista, marcadas por la pugna entre los liberales progresistas defensores de los principios revolucionarios y la derecha conservadora

⁽³³⁾ *Ibi*, p. 85.

⁽³⁴⁾ Vid, a este respecto, las perspicaces observaciones de C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. Lección inaugural del Curso académico 2000-2001. Universidad de Huelva, 2000.

⁽³⁵⁾ E. CASTILLEJO CAMBRA, *Como se enseña la Ilustración en la escuela. La versión comunitaria, liberal y republicana*, en *Historia de la Educación. Revista interuniversitaria*, n. 27, 2008, pp. 303 ss.

contrarrevolucionaria — en la que es necesario añadir que ambos contendientes buscaban su legitimación en interpretaciones históricas radicalmente contrarias — que se mantendría incluso durante la II República (1931-39), bastará con señalar algunas características de las épocas que aquí se tomaron como referencia.

Durante una primera fase, que incluye los primeros años cuarenta, la confrontación se presentaba teñida de la ideología falangista y el nacionalcatolicismo. En lo que específicamente se refiere a la enseñanza, el hecho más relevante es la recuperación, hacia 1943, es decir, cuando la Segunda Guerra Mundial estaba dando su vuelco definitivo, por parte de los falangistas de la tradición liberal contrarrevolucionaria de carácter aristocratizante. Historiadores del derecho como Torres López, que publica por esas fechas su, por otra parte interesante, artículo sobre las Cortes Castellanas en el periodo falangista *Arriba*, García-Gallo con su impulso al derecho indiano, su personalísima visión de Edad Media y de la “unificación española” bajo el *Estado* creado por los Reyes Católicos, o Juan Beneyto criticando la ilustración desde presupuestos políticos y no, como era lo habitual, teológicos, hablan por sí solos y son lo suficientemente elocuentes a este respecto.

Sucedían estos y otros similares hechos durante los años cuarenta y cincuenta. Hacia finales de esta última década, la “tecnocracia” — instigada por miembros del *Opus Dei* — desplazó a la Falange del gobierno, en tanto que en los años sesenta se asumen, oficial aunque parcialmente, los valores ilustrados incorporados por el Vaticano II, en especial los relativos a las ideas de progreso y dignidad de la persona, que, se decía, enlazaban muy bien con el propio ideario de la *Obra* ⁽³⁶⁾. Merecería la pena estudiar con

⁽³⁶⁾ Para una aproximación al enfoque didáctico que abarcaba desde la escuela a la universidad, pueden consultarse, entre otras aportaciones, A. BOTTI, *Cielo y dinero. El Nacionalcatolicismo en España*, Madrid, Alianza, 1992; J. HERRERO, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, Madrid, Alianza, 1988; M. RAMÍREZ, *Las fuentes ideológicas de un régimen (España, 1939-1945)*, Zaragoza, Pórtico, 1978; G. PASAMAR, *La historiografía franquista y los tópicos del nacionalismo historiográfico español*, en *Studium*, 5 (1993), pp. 17 ss.; G. PRIETO, El pensamiento político del doctrinarismo neocatólico español, en *Revista de Estudios Políticos*, 158 (1968), pp. 43 ss.; M. PUELLES, *Educación e ideología en la España contemporánea*, Barcelona, Labor, 1980; J. A. TELLO, *Ideología y política (1936-1959)*, Zaragoza, Pórtico, 1984.

detenimiento hasta que punto influyeron en el desarrollo de la Historia del Derecho en un momento en el que *Opus* dominaba la Universidad ⁽³⁷⁾.

Desde luego, todo parece indicar que, *a priori*, contribuyó de alguna manera a generar ese caldo de cultivo en el que se formaron las personalidades mencionadas al principio de estas líneas. Sobre todo, si se tienen en cuenta las reformas, con todas las limitaciones que se quieran, que el Ministro de Educación Lora Tamayo intentó durante su ejercicio desde 1962 a 1968, inspiradas por el propósito de aunar la técnica con el “humanismo cristiano”. Porque, en realidad, desde finales de los setenta y en las décadas siguientes, esas personalidades — Tomás y valiente, Lalinde, los más jóvenes Iglesia Ferreirós, Clavero, Petit y otros como Martínez Gijón, Pérez-Prendes o Gacto y Peset — lucharon, desde sus posibilidades por conseguir para la disciplina lo que, en 1990, otra ley, en este caso la Ley Orgánica General del Sistema Educativo, resumía en su preámbulo como “capacidad para ejercer de manera crítica la libertad, la tolerancia y la solidaridad”.

La ardua tarea a desarrollar que, entonces, se exhibía ante ellos, y que afrontaron con tanta sensatez como entusiasmo, presentaba dos frentes: eliminar los mitos cuidadosamente cultivados — objetivo que no se consiguió totalmente, pues, como demuestran los hechos, el mito ⁽³⁸⁾ aun sigue resultado útil —, en primer lugar, y, en segundo, adentrarse en terrenos inexplorados. Si el primero implicaba “revisitar” y revisar temas que iban desde el medievalismo a la Segunda escolástica y el derecho de la Monarquía, así como prestar atención al Derecho Común y el de los Reinos desde la perspectiva de unos *iura propria* incardinados en una corriente europea, el segundo exigía vincular la disciplina al presente, comenzando por estudiar el más inmediato pasado.

⁽³⁷⁾ Para una visión general acerca de la enseñanza y la función del jurista: B. CLAVERO, *Arqueología constitucional. Empleo de universidad y desempleo de derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 21 (1992), pp. 37 ss.; S. MARTÍN, *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945)*, en *Historia Constitucional*, en línea; Adela MORA (ed.), *La enseñanza del Derecho en el siglo XX*, Madrid, Dyckinson, 2004.

⁽³⁸⁾ H. BLUMENBERG, *Trabajo sobre el mito* (1974), Barcelona, Paidós, 2003.

La producción, y la manualística, de esos fructíferos años, generada por los historiadores del derecho citados y algunos otros, conforman el más auténtico testimonio de cuanto acaba de exponerse, y la prueba fehaciente la aportan sus programas docentes y las “especialidades” — muchas de las cuales han desaparecido de los planes de estudio más recientes — tanto como sus aportaciones. Los que ya no están y los que siguen vivos, con su obra y su visión de la materia, no solo podían presentarse como auténticos historiadores según el significado que Carlos García Gual atribuye al término y que merece ser compartido en el artículo anteriormente mencionado aparecido en *El País* del 10 de julio de 2010. Esto es, la definición del historiador como “el que no habla de sí mismo, pero firma con su nombre como garantía de veracidad”.

Sembraron también un terreno, aunque su fruto, a juzgar por los resultados, fue ciertamente muy desigual, lo que, a decir verdad, tampoco es una exclusiva responsabilidad suya. Pero, por encima de todo, asumieron su condición de ciudadanos conscientes — que no “virtuosos” — en un momento crucialísimo, poniendo su obra, sus mayores o menores o más o menos extensas contribuciones, al servicio de todo el conjunto de la sociedad. Lo hicieron a través de un trabajo realizado a conciencia y, frente al renaciente y preocupante “autarquismo” actual, con el rigor de *oír* a todos los especialistas, colegas o no, que tenían algo, *serio*, que decir.

MARTA LORENTE SARIÑENA

DESPUÉS DE *HISPANIA*. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA EN ESPAÑA (1989-2013) (*)

I. Introducción. De cosas sabidas. — II. Veinte años es mucho. Optimismo y pesimismo en la historiografía jurídica española. — III. De diálogos y otras cosas. — IV. A pesar de todo, normalización. — V. Recapitulación. De la suerte de la *Historia del derecho español*.

I. *Introducción. De cosas sabidas.*

Nos encontramos en el umbral de una *segunda gran transformación*. No se necesita suscribir el tono apocalíptico del mensaje para convenir que las transformaciones que vienen sucediéndose vertiginosamente a nuestro alrededor han dado forma a un nuevo vocabulario, prácticamente universal, que amenaza con sustituir segmentos enteros del hasta ahora conocido ⁽¹⁾. Sin embargo, notables estudiosos de la modernidad han advertido respecto de la condición opaca de algunos de sus principales términos: éste es, justamente, el caso de la voz globalización, la cual, según el teórico de lo líquido, no da transparencia a procesos modernos sino que por el contrario se ha convertido en un nuevo canon ⁽²⁾. Pero aun cuando la globalización pueda significar felicidad para unos e infelicidad para otros ⁽³⁾, este controvertido término identifica como pocos esa profunda alteración en la percepción del espacio producida por el

(*) Der 2010-21728-CO2-02.

(1) F. VALLESPÍN, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000.

(2) Z. BAUMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, FCE, 2001, p. 7.

(3) U. BECK, *La invención de lo político. Para una teoría de la modernización reflexiva*, México, FCE, 1999.

progresivo debilitamiento del Estado-Nación ⁽⁴⁾. La globalización, consecuentemente, está forzando a los historiadores a mundializar sus horizontes ⁽⁵⁾, siempre y cuando, eso sí, no pretendan actuar como nostálgicos defensores de certezas perdidas. Entre estas últimas se encuentran la defensa de los ámbitos nacionales ⁽⁶⁾, o, en otro orden de cosas, la resistencia a un replanteamiento del viejo sistema jerárquico de fuentes en orden a hacer historia ⁽⁷⁾. Ello no quiere decir que el esfuerzo por interiorizar los nuevos retos que impone el presente sea precisamente sencillo ⁽⁸⁾, ni menos todavía que muchas de las nuevas propuestas que circulan en el mercado sean de recibo ⁽⁹⁾, pero nadie puede llamarse a engaño respecto de que las nuevas lecturas del pasado responden a demandas que provienen de un presente globalizado y no a una pasajera moda historiográfica ⁽¹⁰⁾.

Todo ello resulta obvio, como también lo es señalar que la formulación de nuevas interrogantes con las que preguntar a un pasado despojado de fronteras ha sido uno de los objetivos de los *Quaderni Fiorentini*. Sin duda, esta revista es hoy lo que quiso ser hace exactamente cuarenta años, a saber: un banco de encuentro y trabajo para historiadores, juristas y otros científicos sociales, un

⁽⁴⁾ Z. BAUMAN, *La sociedad sitiada*, México, FCE, 2004.

⁽⁵⁾ Aun cuando algunos recuerden que el intento de comprender la historia en su totalidad no tiene nada de novedoso; otra cosa bien distinta es la posibilidad de abordar ese tipo de intentos. R.I. MORE, *Prólogo a la edición inglesa*, in C.A. BAYLY, *El nacimiento del Mundo moderno, 1780-1914*, Madrid, Siglo XXI, p. XV.

⁽⁶⁾ No resulta extraño que algunos se pregunten sobre si cabe o no seguir haciéndolas. C. FORCADELL, *Una nueva Historia General de España para nuestro tiempo*, in "Revista de Libros", 148, abril 2009 (<http://www.revistadelibros.com/archivo-rdl->). Sobre una posible solución al problema, esto es, la "sustitución" de las historias nacionales por las regionales, puede consultarse la documentada reflexión de J.Mª FRADERA, *La dificultad de construir la nación*, in *Del territorio a la nación. Identidades territoriales y construcción nacional*, a cura di L. Castells, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2006, pp. 181-233.

⁽⁷⁾ P. GROSSI, *De la codificación a la globalización del derecho*, Pamplona, Aranzadi, 2010.

⁽⁸⁾ P.N. STEARNS, *Una nueva historia para un mundo global. Introducción a la "World History"*, Barcelona, Crítica, 2012.

⁽⁹⁾ N. FERGUSON, *Civilización. Occidente y el resto*, Río de Mouro, Debate, 2012.

⁽¹⁰⁾ A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000.

banco preocupado tanto por el ayer cuanto por el hoy y el mañana. No ha hecho falta que la globalización haya llegado a estar en boca de todos para que los *Quaderni* amplíen horizontes puesto que los que han marcado los intereses de esta publicación han sido siempre muy generosos. No entra dentro de mis intenciones dedicarme a hacer apología, ya que las presentes páginas solo pretenden presentar una serie de reflexiones respecto de la historiografía jurídica española con objeto de comprobar hasta qué punto ha compartido o no amplitud de horizontes con el proyecto florentino. A todas las anteriores debo añadir una última obviedad: las presentes reflexiones no aspiran a presentar un “estado de la cuestión” de la iushistoriografía jurídica puesto que resultaría imposible, sino un más que modesto cuadro impresionista de los puntos más destacables de su evolución en las últimas décadas.

II. *Veinte años es mucho. Optimismo y pesimismo en la historiografía jurídica española.*

No hace falta remontarse a los orígenes de la disciplina académica denominada Historia del Derecho español para hacer un diagnóstico respecto de su actual estado de salud ⁽¹¹⁾. Y es que la longeva paciente, si es que así se me permite denominarla, no sólo fue examinada en Florencia en el curso de un encuentro celebrado en 1989, sino que además su compleja analítica fue puesta a disposición de cualquier interesado en virtud de la publicación de los resultados de dicho encuentro ⁽¹²⁾. Es por ello que aquí me ceñiré a tratar de responder a la siguiente pregunta: ¿qué ha ocurrido en el curso de los poco más de veinte años que nos separan de la publicación de *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales?* ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ M. MARTÍNEZ NEIRA, *Los orígenes de la historia del derecho en la Universidad Española*, in “Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad”, 3, 2000, pp. 71-164.

⁽¹²⁾ A. SERRANO, *Hispania, después de entonces*, in “Anuario de Historia del Derecho Español”, 60, 1990, pp. 633-654.

⁽¹³⁾ *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* (Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989), a cura di P. Grossi, B. Clavero, F. Tomás y Valiente, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1990.

Si conviniéramos con la letra de un famoso tango argentino, podríamos afirmar que veinte años no es nada. Sin embargo, aquí no cabe aceptar la sugerencia porteña dado que 1989 y 2013 representan dos momentos muy distintos en la historia más reciente de la iushistoriografía española. Ahora bien, la distancia que los tiene que ver más con las transformaciones del contexto político e institucional español, que con la producción disciplinar que ha visto la luz en los últimos años (14). Y es que, en efecto, en poco más de dos décadas hemos pasado de vivir en un momento marcado por un fuerte sentimiento de optimismo colectivo a otro muy distinto, en el cual el tradicional pesimismo español ha vuelto a instalarse entre nosotros y amenazan además con quedarse (15).

Soy consciente del escaso valor académico que tienen las anteriores afirmaciones. No obstante, también tengo para mí que mensaje historiográfico contenido en *Hispania* resulta ininteligible si no se recuerda que el Congreso florentino se celebró justo antes de que desaparecieran los últimos síntomas de una monumental resaca. Ésta se había originado con motivo de la recuperación del tracto constitucional en España, la cual, como es bien sabido, puso fin a muchos años de pugna política que terminó llevándose por delante el régimen fascista español. En efecto, las décadas que precedieron a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 asistieron a un proceso de renovación historiográfica que había corrido en paralelo al cambio político, un proceso que permitió afirmar a Mariano Peset en un polémico escrito publicado en el mismo año en que se aprobó la primera norma española: “En los últimos años han aparecido

(14) Hay otras formas de hacer crítica historiográfica que difieren de la opción por la que me he decantado en las presentes páginas. Un ejemplo de percepción muy distinta puede seguirse en J.M^a PUYOL MONTERO, *Un balance de 25 años de historiografía histórico-jurídica en España (1973-1998)*, in “Cuadernos de Historia del Derecho”, 5, 1998, 283-409.

(15) J.P. FERNÁNDEZ, “Los españoles, cada vez más pesimistas sobre el futuro”, in *El País*, 20/1/2013 (en este artículo se recogen los resultados de una encuesta realizada por la empresa Metroscopia) (http://politica.elpais.com/politica/2013/01/19/actualidad/1358623813_775941.html). Sobre la centralidad del pesimismo en la historia del derecho español puede consultarse R. NUÑEZ FLORENCIO, *El peso del pesimismo. Del 98 al desencanto*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

numerosos estudios sobre cuestiones de método que son claro indicio de que algo está cambiando” (16).

Debe subrayarse que esas “cuestiones de método” a las que hacía referencia el historiador valenciano habían puesto entre paréntesis nada más y nada menos que los fundamentos de una tradición iushistoriográfica. Sin duda, ésta no era un mero producto del franquismo, puesto que sus orígenes se remontaban a tiempo atrás (17), no obstante lo cual dicha tradición se había reformulado (o, según algunos, reinventado) en el curso de cuatro largas y dolorosas décadas plegándose a las necesidades de legitimación de un régimen político para el que la voluntad ciudadana no contaba. No es, pues, casualidad, que la discusión metodológica tuviera como principal efecto convertir en objeto de crítica las que hasta entonces habían sido las señas de identidad de la historiografía jurídica española (medievalismo, positivismo, nacionalismo español, etc.), por lo que, en consecuencia, la autarquía, o si se quiere el buscado aislamiento, que dominando el terreno de lo político había contaminado iushistoriográfico durante mucho tiempo (18), se fue quebrando a lo largo de las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo. Más adelante, la entrada en vigor de la primera norma española permitió hacer dos ejercicios que si bien en un principio podían considerarse distintos, guardaban una estrecha relación entre sí: en primer lugar, se pudo hacer historia desde un presente de libertades individuales y, en segundo, se pudo pensar el pasado desde un presente que reconocía la pluralidad territorial del Estado constitucional español. Pero hay algo más. De la misma forma que lo hiciera la portuguesa (19), la historiografía jurídica española salía de

(16) M. PESET, “Prólogo”, a la obra de A. Pérez Martín y J.M. Scholz, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1978, p. XII.

(17) J. VALLEJO, *La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira*, in *Libro Homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería*, a cura di G. E. Pinard, A. Merchán, Huelva, Universidad de Huelva, 1998, pp. 765-782.

(18) M. Peset, J.L. Peset, *Vicis Vives y la historiografía del derecho en España*, in *Vorstudien zur Rechtshistorik*, a cura di J.M. Scholz, Frankfurt am Main, 1977, pp. 176-262.

(19) J.M. SCHOLZ, *Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal*, in “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 550, 1982, pp. 633-661.

una larga travesía en el desierto demostrando una enorme fortaleza, puesto que como bien advirtieron algunos observadores foráneos, la necesidad imperativa de criticar fuertemente la doctrina estatal sobre la formación de ambas naciones permitió a algunos historiadores del derecho “dar el portazo a toda la cultura de las dictaduras” (20).

Este es, *grosso modo*, el “estado de la cuestión” descrito en términos muy positivos por Tomás y Valiente en el Congreso florentino, aun cuando este autor también localizó algunos nubarrones que oscurecían ese espléndido panorama que estaba siendo celebrado en la ciudad italiana por propios y ajenos. Descrito con sus propias palabras: “Estos estudios y alguno más digno de no ser olvidado, no han provocado un verdadero debate. Voces paralelas, cada una sigue su curso y produce sus propios ecos, pero sin que entre nosotros haya habido en estos últimos veinticinco años una serena y abierta discusión científica que aclare planteamientos, defina presupuestos teóricos, sirva de fundamento para ulteriores ejecuciones de lo teóricamente postulado y diferencie (sin enfrentamientos u hostilidades personales) a unos de otros” (21). Y es que si bien la práctica totalidad de los participantes en el encuentro florentino coincidía en la crítica a la historiografía jurídica hasta entonces dominante, que en el caso español se personificaba en la figura de García Gallo y de su por tantos motivos compleja escuela, no por ello compartían presupuestos de futuro. En resumidas cuentas puede afirmarse que siempre y cuando la entendamos en términos de empresa colectiva, en 1989 la renovación historiográfica española estaba dando ya signos de agotamiento (22).

Pasemos ya la archiconocida página optimista para centrarnos en el muy pesimista momento actual (23). Un observador ajeno

(20) J.F. SCHAUB, *El pasado republicano del espacio público*, in *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, México, Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos/Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 29-30.

(21) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía*, cit., p. 39.

(22) M. LORENTE, ‘*Pensamiento único*’ e *historia del derecho: dificultades y obstáculos en la ‘globalización’ iushistórica*, in “*Initium*”, 5, 2000, pp. 433-471.

(23) Una reciente lectura del mismo en F. VALLESPÍN, *La mentira os hará ser libres. Realidad y ficción en la democracia*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2012.

podría sugerir que el caso español no tiene nada de excepcional, puesto que con independencia de los estragos causados por la crisis económica que hoy nos golpea, la normalización de la vida política española que obró la entrada en vigor de la Constitución de 1978 implicó, a un mismo tiempo, la recuperación de la democracia y el despertar de una actitud crítica respecto de las ideologías ⁽²⁴⁾, lo que irremediamente favoreció la instalación del famoso *declive del hombre público* en el solar hispano, que hasta entonces se había significado por una profunda politización de sectores muy significativos de su población ⁽²⁵⁾. Este diagnóstico puede ser más o menos aceptable en términos generales, pero resulta claramente insuficiente en orden a identificar lo que de específico tiene la situación española actual. Y es que tal como han sugerido algunos, la Constitución de 1978 no sólo ha envejecido prematuramente, sino que además lo ha hecho muy mal. A la par que venimos asistiendo a una progresiva degradación de todas las instituciones constitucionales desde hace ya bastante tiempo (Monarquía, Parlamento, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, etc.), el silencio respecto de la estructura territorial del Estado por el que apostó la primera norma española no ha servido precisamente para solucionar la cuestión nacional, sino más bien para todo lo contrario. Pero, sobre todo, el famoso “espíritu de la transición”, que en su día permitió formalizar el pacto constitucional, hoy se encuentra en paradero desconocido, siendo así que el tedioso fantasma de las “dos Españas” viene envenenando el diálogo partidista desde hace ya bastante tiempo ⁽²⁶⁾. Todo ello tiene una muy concreta traducción en el terreno constitucional, sobre el cual ha vuelto a personarse una antigua maldición cuya formulación se remonta a los orígenes de la historia del constitucionalismo español ⁽²⁷⁾, a saber: por mucho que

⁽²⁴⁾ R. DEL ÁGUILA, *Crítica de las ideologías. El peligro de los ideales*, Madrid, Taurus, 2008.

⁽²⁵⁾ R. SENNETT, *El declive del hombre público*, Barcelona, Península, 2002 (la primera edición inglesa de esta conocida obra se publicó en 1974).

⁽²⁶⁾ S. JULIÁ, *Historias de las dos Españas*, Madrid, Taurus, 2004.

⁽²⁷⁾ M. LORENTE, *Del control de los hombres al control de las normas. Parlamento y Constitución en España (1810-1931)*, in *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, a cura di L. Lacché, A.G. Manca, Bologna/Berlín, Il Mulino/Duncker&Humboldt, 2003, pp. 187-211.

la primera norma española esté pidiendo a gritos ponerse al día, hoy por hoy la reforma constitucional se ha elevado a la condición de anatema ⁽²⁸⁾.

Armados con estos mínimos datos, volvamos ahora a la historiografía. El declive del hombre público se ha hecho presente también este campo, dado que la mayoría de sus cultivadores han rebajado o neutralizado definitivamente sus pretensiones políticas ⁽²⁹⁾. Este abandono ha arrojado múltiples consecuencias, la mayoría negativas ⁽³⁰⁾, respecto de las cuales también se pronunció Tomás y Valiente poco antes de su asesinato: “Todo eso, y otros fenómenos derivados, ha ocurrido en poco más de una década y ha conducido a muchos historiadores a una crisis de conciencia profesional, a la sensación de fracaso colectivo y a la angustia de ocuparse en un trabajo no sólo estéril, sino incluso engañoso por ser fuente de falsos y aparentes conocimientos” ⁽³¹⁾.

Como era de esperar, los historiadores del derecho en su conjunto no han constituido una excepción. Aquel optimismo que caracterizó el debate metodológico en los sesenta y setenta conformó una actitud hoy por hoy inexistente o, en todo caso, rarísima en lo que al cultivo de la historia jurídica se refiere ⁽³²⁾. A ello debe sumarse que la renovación historiografía no sólo ha dejado de concebirse como una empresa colectiva, sino que además ha arrojado un balance un tanto descorazonador. Jesús Vallejo lo ha

⁽²⁸⁾ Un ejemplo de sonado fracaso de proyecto de reforma constitucional: Consejo de Estado, *Informe sobre la modificación de la Constitución española*, Enero 2006 (http://estaticos.elmundo.es/documentos/2006/01/27/ce_ismdlce-v1.pdf).

⁽²⁹⁾ J. FONTANA, *La historia después del fin de la historia*, Crítica, Barcelona, 1992, p. 143.

⁽³⁰⁾ P. SÁNCHEZ LEÓN, J. IZQUIERDO MARTÍN, *Introducción*, en VV.AA. *El fin de los historiadores. Pensar históricamente en el siglo XXI*, Madrid, Siglo XXI, 2008, pp. IX-XXVI.

⁽³¹⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Tríptico con prólogo y epílogo. (Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado)*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1993 (Este texto contiene la conferencia que Tomás y Valiente pronunció con motivo de la apertura de curso 1993-1994 en la Universidad Autónoma de Madrid. La cita exacta la extraigo de F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 4757).

⁽³²⁾ J. VALLEJO, *Paratonía de la Historia Jurídica*, in “Mélanges de la Casa de Velázquez”, XXXI-2, 1995, p. 113.

descrito muy bien: “El cambio ha sido — está siendo — profundo, y ha provocado actitudes diversas, desde la adhesión entusiasta hasta la afectada ignorancia, pasando por el prudente distanciamiento del observador interesado y perplejo. Hay innegablemente cesura (...)” (33). A día de hoy, en definitiva, cambio(s) y tradición disciplinar conviven sin sentir necesidad alguna de establecer lazos de comunicación, lo cual, en mi opinión, no deja de ser un elemento muy empobrecedor. Se me podría advertir que este hecho no resulta extraordinario (34), no obstante lo cual lo que sí constituye una señal del caso español es el bajísimo nivel organizativo de su iushistoriografía, que contrasta no sólo con la situación de la historia jurídica fuera de nuestras fronteras, sino también con la de otras disciplinas jurídicas en España.

Y es que a diferencia de otros estudiosos de lo jurídico, los historiadores del Derecho españoles ni se agrupan en ninguna asociación o asociaciones, ni tienen por costumbre celebrar seminarios, congresos o, en fin, encuentros abiertos a la participación de todo aquel que se interese por hacer historia del derecho con independencia de la orientación historiográfica que profese. A todo ello debe añadirse que a pesar de ser en sí mismo un dato muy positivo, el aumento de revistas histórico jurídicas que hoy se publican, además del decano *Anuario de Historia del Derecho Español*, ha tenido un efecto colateral que me atrevería calificar como perverso, dado que ha servido de cauce para formalizar el previo desconocimiento mutuo (35). No estoy muy segura de que este “estado de naturaleza” en el que hoy se encuentra la iushistoriografía española sea beneficioso para la misma, entre otras cosas porque, además de dificultar el mero conocimiento de trabajos ajenos,

(33) J. VALLEJO, *Paratonía*, cit., p. 111.

(34) Un antiguo ejemplo de ausencia de diálogo en A. MAZZACANE, *Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull'età moderna e contemporanea*, in “Scienza&Politica. Per una storia delle dottrine”, 6, 1992, pp. 3-26.

(35) Un excelente panorama en M. SERNA VALLEJO (coord.), *La historia del derecho en España a través de las revistas histórico-jurídicas impresas (1924-2008)*. Banco de datos de todas las referencias contenidas en ellas, Donostia-San Sebastián, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, 20009.

bloquea la posibilidad de compartir o discutir argumentos ⁽³⁶⁾. Con todo, me abstendré de analizar este tipo de cuestiones de signo disciplinar en la medida en que por sí mismas no explican las frustraciones historiográficas que han sido generadas en ese tránsito que, del optimismo al pesimismo, afirmo que ha marcado el “caso español” en las últimas dos décadas.

III. *De diálogos y otras cosas.*

Como ya se ha sugerido, uno de los más importantes objetivos perseguidos por los renovadores de la iushistoriografía jurídica fue romper su endémico aislamiento ⁽³⁷⁾. Sobre el mismo se había pronunciado Tomás y Valiente en muchas ocasiones, preocupado como estuvo del escaso impacto de la publicación iushistórica que más tarde llegaría a dirigir: “Pero después de la guerra civil, el *Anuario* cambió (...) En una palabra: se procuró hacer del *Anuario* una revista más ‘jurídica’ que ‘histórica’, más para juristas que para historiadores. No sé si la empresa se ha coronado con pleno éxito. Sí creo saber que, con independencia de su constante rigor y calidad, el *Anuario* suele interesar a pocos historiadores que no sean juristas, y a muy pocos juristas que no sean historiadores” ⁽³⁸⁾. A pesar de que la apertura de horizontes fue suscrita en su día por los más renovadores, no por ello todos compartían similares argumentos respecto de la naturaleza histórica o jurídica de la iushistoriografía, una cuestión que dio mucho que hablar en los momentos de cambio. Así, por ejemplo, B. Clavero afirmó en un conocido artículo que el drama de la iushistoriografía española no residía tanto en su falta de contactos con historiadores o con juristas, sino en el “abandono epistemológico de la historia del derecho, abandono que se produce en tendencias tanto historiográficas — a favor

⁽³⁶⁾ C. PETTIT, *El segundo testimonio*, in *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive. Atti del incontro di studio Firenze 6-7 novembre*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, pp. 401-414.

⁽³⁷⁾ M. PESET, J.L. PESET, *Vicens Vives*, cit., pp. 176-262.

⁽³⁸⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España* (1981), in Id., *Obras*, cit., p. 3639.

de la historia general — como institucionales — a favor de la ciencia jurídica — (...)” (39).

No volveré sobre una serie de debates entablados en el curso de nuestro más reciente pasado, puesto que mi intención es tratar de describir, siempre que esto fuera posible, el grado de *soledad* que soporta hoy el historiador del derecho en España (40). Pues bien, en este exacto sentido, puede afirmarse que a día de hoy el tan deseado diálogo no ha llegado a cuajar. Historiadores y juristas han cortado los puentes que se levantaron en su día, con independencia de que los iushistoriadores tengan también su parte de culpa en todo ello (41). En todo caso, y a pesar de que no pueda generalizarse el dato (42), la ausencia de estos últimos en algunas empresas colectivas relevantes resulta altamente significativa respecto de su actual aislamiento, que se extiende a todo un campo del saber histórico (43). No obstante, resulta insuficiente certificar la ruptura de diálogos utilizando el argumento de la escasa presencia de iushistoriadores en

(39) B. CLAVERO, *Historia, ciencia, política del derecho*, in “Quaderni Fiorentini”, 8, 1979, p. 35.

(40) No por conocida, puede evitarse consignar la referencia: P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, Giuffrè, Milano, 2005.

(41) Así, por ejemplo, sobre la escasa atención prestada por el “Anuario” a la historia constitucional después de la aprobación de la primera norma española se ha pronunciado J. VALLEJO, *Efecto historiográfico del régimen constitucional. Indicios en España (1978-2003)*, in “Istor”, 16, 2004, pp.136-165.

(42) Un buen ejemplo en sentido positivo lo constituyen los *Encuentros interdisciplinarios sobre la Historia del Derecho de Propiedad* en España organizados por la Universidad de Salamanca. Un listado de las publicaciones a las que han dado lugar estos Encuentros en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/congreso?codigo=256>. Algo similar puede decirse de proyectos editoriales como el que representa “Iura vasconiae. Revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia”, sucesora de “Notitia vasconiae. Revista de derecho histórico de Vasconia”. En otro orden de cosas, existen también algunas instituciones que albergan, entre otras, líneas de investigación y publicaciones de naturaleza histórica jurídica: como ejemplo, puede citarse la Institución Fernando el Católico, sita en Zaragoza (<http://ifc.dpz.es/>).

(43) Así, por ejemplo, en la *Historia de Europa*, 2 voll., Madrid, Espasa, 2007, dirigida por Miguel Artola, no colabora ningún historiador del derecho. No obstante, debemos a la sensibilidad y buen hacer del coordinador, Julio Pardos, la inclusión de un epígrafe de su autoría titulado “El mundo nuevo del derecho”, in Id. I, pp. 796-803 (de 1065 que tiene este volumen). Dicho de otra manera: la cultura del *ius commune* no ha merecido ocupar un capítulo completo de esta, por lo demás, excelente obra.

diferentes foros, dado que, en mi opinión, el hecho más relevante es otro muy distinto que afecta no tanto a la cantidad cuanto a la calidad de la información compartida. Y es que muchos historiadores y juristas vienen adoptando una actitud de rechazo (me atrevería a decir que militante) respecto de las aportaciones de la iushistoriografía más renovadora, siendo así que por tal entiendo la que se ha impuesto a sí misma la tarea de recuperar el pasado jurídico en sus propios términos, o dicho de otra forma, que ha tratado de hacer historia evitando proyectar en el pasado la “mitología jurídica de la modernidad” (44). Como quiera que cualquier acusación necesita pruebas para sustentarse, presentaré aquí algunas significativas.

Uno de los mejores ejemplos del escaso eco de las recientes aportaciones de la iushistoriografía en las obras o actividades de otros historiadores es un ambicioso proyecto informático que, auspiciado por varias instituciones públicas, porta el significativo título de *Legislación Histórica de España*. El título no llama a engaño respecto de su contenido, ya que en dicho proyecto se reúnen “(...) las normas promulgadas para los territorios peninsulares y americanos que dependieron de la Corona española desde el inicio del siglo X hasta el periodo final del reinado de Isabel II; las clasifica mediante un Tesauro y ofrece la imagen digital de los documentos donde se encuentran” (45). Los usuarios de este enorme, y sin duda utilísimo, banco de datos, pueden comprobar que todos los esfuerzos que los iushistoriadores españoles han destinado a hacer historia del poder normativo (46), desvelando en consecuencia la distancia que separa las “leyes” medievales y modernas respecto de las producidas por Parlamentos o Gobiernos en el curso del XIX y XX (47), han servido de poco. La voz ley puede llegar a tener un significado prácticamente intemporal, que según el director del proyecto, M. Artola, puede expresarse en los siguientes términos:

(44) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, Giuffrè, 2001.

(45) <http://www.mcu.es/archivos/lbe/>.

(46) Por todos: J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

(47) J. VALLEJO, *El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune*, in “Revista de historia del Derecho”, 38, 2009 (http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842009000200002).

“La ley determina los derechos y obligaciones de las personas. Un principio general del derecho dispone que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento” (48).

Cierto es que el mal, si es que así puede ser considerado, no resulta específicamente español. El desinterés de muchos historiadores respecto del pasado y presente de *lo jurídico* ha sido y es una constante que se hace presente incluso en aquellos estudios en los que la problemática jurídica constituye uno de sus principales objetos de reflexión. En este exacto sentido, no me resisto a dar cuenta de un pequeño desliz cometido por el excelente historiador británico Tony Judt, cuya obra ha tenido una extraordinaria acogida en España antes y después de reciente fallecimiento. En uno de sus últimos trabajos, traducido con celeridad al castellano, Judt abordó el análisis de la identidad europea desde una perspectiva de historia reciente que ya había desarrollado en su monumental estudio previo (49). Pues bien, en su ensayo sobre Europa el historiador británico hace cuestión de su incierta geografía política poniéndola en relación con las capitales que acogen a las distintas instituciones europeas. Éstas, según Judt, se radican en las siguientes ciudades: “La Comisión y sus funcionarios tienen su sede en Bruselas. El Parlamento y sus comisiones se reúnen en Estrasburgo y Luxemburgo. El Tribunal de Justicia Europeo está en La Haya” (50). No sé muy bien a qué Tribunal sito en la ciudad holandesa se refiere Judt, pero mucho me temo que del que habla sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, desde su constitución en 1952 en Luxemburgo, tiene por misión velar por la aplicación e interpretación uniforme del derecho de la Unión. El error geográfico no solo pone de relieve el desconocimiento de las reglas de juego sin las cuales la Europa a la que se refiere Judt no existiría, sino que además este autor no tiene en cuenta el enorme peso que el *silencioso* protagonismo del Tribunal ha tenido en la construcción de la esa ilusión que, aunque sea entre interrogantes, el historiador británico

(48) M. ARTOLA, *Introducción a la Legislación Histórica de España* (<http://www.mcu.es/archivos/lbe/Informacion/introduccion.jsp>).

(49) T. JUDT, *Postguerra*, Madrid, Taurus, 2006.

(50) T. JUDT, *¿Una gran ilusión? Un ensayo sobre Europa*, Madrid, Santillana, 2011, p. 121.

identifica con la Unión. Este fenómeno acústico, si es que así se me permite denominarlo, ha sido puesto de relieve hace ya varias décadas, como bien pone de manifiesto la enorme circulación de las expresiones utilizadas por Stein en el arranque de su artículo publicado hace ya más de treinta años: “Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe” ⁽⁵¹⁾.

Si sustituimos la problemática identidad europea por la ¿más? problemática identidad nacional comprobaremos que muchos de estudiosos de la historia o de las historias de las identidades peninsulares comparten con Judt un similar desinterés por lo jurídico. Resulta imposible dar cuenta aquí de los cientos de estudios publicados en los últimos años sobre esta cuestión, por lo que bastará señalar que más allá de ser un tema de moda entre otros, se ha convertido en *el tema* por excelencia ⁽⁵²⁾. Y es que el lector comprenderá rápidamente que este debate sobre la identidad o identidades desborda con mucho el terreno de la historiografía, por cuanto que uno de los principales problemas del Estado español es justamente el producido por el choque de identidades, en ocasiones forzosamente contrapuestas ⁽⁵³⁾, que amenaza con romper el pacto constitucional vigente. Creo poder afirmar, sin embargo, que los historiadores de la memoria o memorias colectivas, que tan avisados están respecto de la famosa invención de tradiciones ⁽⁵⁴⁾, no se han preocupado excesivamente por tener en cuenta la también inventada

⁽⁵¹⁾ E. STEIN, *Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution*, in “American Journal of International Law”, 75, 1981, p. 1.

⁽⁵²⁾ Como ejemplo, cabe citar un sugerente ensayo que ha recibido el último Premio Nacional de Historia: R. García Cárcel, *La herencia del pasado. Las memorias históricas de España*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2011.

⁽⁵³⁾ J.M.^a FRADERA, *Cultura nacional en una sociedad dividida*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

⁽⁵⁴⁾ Son incontables los estudios que utilizan el título de la conocida recopilación de Hobsbawm y Ranger. Dos significativos ejemplos, de distinta calidad, en J. Juaristi, *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Taurus, Madrid, 1998; I. Fox, *La invención de España. Nacionalismo liberal e identidad nacional*, Cátedra, Madrid, 1997. Los historiadores no son los únicos que recurren a la imagen: V. PÉREZ DÍAZ, *La*

naturaleza del Estado ⁽⁵⁵⁾. Este concreto desinterés resulta especialmente relevante en la historiografía preocupada por España, dado que una de las tesis más extendidas respecto de la identidad nacional (española) es la que radica su baja calidad en la “debilidad del Estado”, la cual ha llevado a afirmar a excelentes historiadores que la emergencia de los nacionalismos (no-estatales) periféricos a lo largo del XIX no fue causa sino consecuencia de la debilidad del nacionalismo (estatal) español ⁽⁵⁶⁾.

Claro está que la tesis de la debilidad del Estado generadora de nacionalismos periféricos tiene sus seguidores y sus críticos, pero lo que me interesa subrayar es que el más ligero análisis de la historiografía disponible a día de hoy pone de relieve la existencia de una enorme desproporción entre el número de estudios “culturales” respecto de los “institucionales”, incluso de los más clásicos. A todo ello que habría que añadir que, excepción hecha de algunas publicaciones recientes ⁽⁵⁷⁾, la historia del pensamiento jurídico español que se corresponde con los siglos XIX y XX constituye un capítulo en el que a la historiografía jurídica le quedan todavía muchas cosas

emergencia de la España democrática: La “invención” de una tradición y la dudosa institucionalización de una democracia, Madrid, Instituto Juan March, 1991.

⁽⁵⁵⁾ No por conocida sobra la referencia: P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

⁽⁵⁶⁾ Aunque esta tesis había sido apuntada por Linz hace ya bastantes años (J.J. Linz, *Early State-Building and late peripheral nationalisms against the state. The case of Spain*, in *Building States and Nations*, a cura di S.N. Eisenstandt, S. Rokkan, Beverly Hill, Sage, 1973, t. 2, pp. 32-112) fue sobre todo Borja de Riquer quien la puso sobre la mesa de debate en la década de los noventa, (B. DE RIQUER I PERMANYER, *Nacionalidades y regiones: Problemas y líneas de investigación en torno a la débil nacionalización española del siglo XIX*, in *La historia contemporánea en España: primer Congreso de Historia Contemporánea de España*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992, pp. 73-92; del mismo autor, *Escolta Espanya. La cuestión catalana en la época liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2001). Desde entonces hasta ahora no ha desaparecido de la agenda de investigación; un ejemplo en J. Alvarez Junco, *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2001.

⁽⁵⁷⁾ S. MARTÍN, *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945) (I)*, in “Historia Constitucional”, 11, 2010, pp. 89-125 (<http://www.historiaconstitucional.com>).

por hacer ⁽⁵⁸⁾, sobre todo si ésta acepta seguir el consejo de Pietro Costa y trata de construir una “historia de la tradición” y no “en la tradición”, aun cuando sólo sea porque ya disponemos muchos ejemplos de esta última ⁽⁵⁹⁾. La suma de todos estos datos no sólo sugiere que la historia de la construcción de la Nación ha importado mucho más que la historia de pensar y organizar el Estado, sino que además la mayoría de los profesionales han apostado por romper el binomio Estado-Nación a la hora de hacer esa historia de las identidades nacionales que tantas razones tiene para estar de moda en España ⁽⁶⁰⁾.

El problema, si así puede considerarse, no es nuevo. Desde que en 1994 Tomás y Valiente levantó acta respecto de *lo que no sabíamos sobre el Estado liberal*, la desproporción entre el número de investigaciones en uno u otro sentido no ha hecho sino aumentar ⁽⁶¹⁾. Ahora bien, por sí mismos, los números no explican la degradación del diálogo entre historiadores al que venimos asistiendo, puesto que su causa principal reside sobre todo en la incomunicación de planteamientos. Para ejemplificar esta afirmación cabe traer aquí el viejo ejemplo de la famosa polémica sobre el Estado, que en su momento lideraron entre otros algunos significativos ishistoriadores ⁽⁶²⁾, puesto que si bien es de sobra conocida dentro y fuera del terreno disciplinar, en mi opinión no se han llegado a interiorizar todas sus posibles consecuencias, sean éstas en el sentido que sean ⁽⁶³⁾. Así las cosas, la cuestión de la discontinuidad de las

⁽⁵⁸⁾ Hay que reconocer, no obstante, que la mayor parte de los estudios sobre historia del pensamiento español han sido realizados por filósofos del derecho.

⁽⁵⁹⁾ Un ejemplo reciente: VV.AA., *Posada Herrera y los orígenes del derecho administrativo español: I Seminario de Historia de la Administración* (Madrid, 21 al 23 de febrero de 2001), Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2001.

⁽⁶⁰⁾ Es lo que propone explícitamente I. SEPÚLVEDA MUÑOZ, *De intenciones y logros: fortalecimiento estatal y limitaciones del nacionalismo español en el siglo XIX*, en (<http://amnis.revues.org/137?lang=en>) (2002).

⁽⁶¹⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Lo que no sabemos del Estado liberal (1808-1868)*, en VV.AA., *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. I. Visiones generales*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid/Alianza Editorial, 1994, pp. 137-145.

⁽⁶²⁾ Por todos, B. CLAVERO, *Tantas Personas Como Estados*, Madrid, Tecnos, 1986.

⁽⁶³⁾ Dos ejemplos en: X. GIL PUJOL, *Tiempo de política. Perspectivas historiográficas sobre la Europa moderna*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2006; S. DE DIOS, *El*

experiencias jurídicas, tan presente en la iushistoriografía actual, no lo está en otros discursos historiográficos, que prefieren acudir una y otra vez a estudios institucionales supuestamente clásicos sin reparar que éstos se han convertido en objeto de reflexión para la iushistoriografía preocupada por valorar los procesos de continuidad/discontinuidad de imágenes, dispositivos instituciones y prácticas. Y es que empeñados algunos en desnaturalizar la nación ⁽⁶⁴⁾, muchos se han olvidado de desnaturalizar el Estado, por lo que cuestiones tan básicas como el establecimiento de una mínima cronología respecto de su nacimiento no han suscitado un debate similar al que se ha entablado en torno al término España ⁽⁶⁵⁾. Todo ello, en definitiva, se ha traducido en un auténtico diálogo de sordos ⁽⁶⁶⁾.

El diálogo con los juristas tampoco goza de muy buena salud. Dejando a un lado el análisis de la historiografía preocupada por la búsqueda de orígenes de disciplinas jurídicas en orden a su legitimación, que a día de hoy sigue teniendo sus fieles cultivadores ⁽⁶⁷⁾, puede afirmarse que la entrada en vigor de la primera norma española produjo un efecto de *ahistorización* de los juristas que supuso una ruptura con ciertas tradiciones previas ⁽⁶⁸⁾. Antes de 1978 algunos habían trasladado debates jurídicos de presente al

Estado Moderno, ¿un cadáver historiográfico?, in *Realidad e imágenes del poder: España a fines de la edad media*, a cura di A. Rucquoi, Madrid, Ámbito Ediciones, pp. 389-408.

⁽⁶⁴⁾ Otros, por supuesto, no: VV.AA., *España. Reflexiones sobre el ser de España*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1998.

⁽⁶⁵⁾ Como ejemplo cabe citar la excelente obra de P. Fernández Albaladejo, *Materia de España. Cultura política en la España moderna*, Marcial Pons, Madrid, 2007, a cuya lectura puede añadirse la también excelente crítica de J.M^a FRADERA, *La materia de todos los sueños*, in *Revista de Libros*, núm. 63, marzo 2002 (<http://www.revistadelibros.com/articulos/la-materia-de-todos-los-suenos>).

⁽⁶⁶⁾ Como bien puede comprobarse haciendo un seguimiento de las dispares interpretaciones que unos y otros vienen realizando respecto del pasado y el futuro de la crisis abierta en 1808: VV.AA., *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Tomás y Valiente*, a cura di J. Álvarez Junco, J. Moreno Luzón, Madrid, CEPC, 2006. Un intento de aclarar los términos del diálogo sobre esta cuestión puede seguirse en los artículos publicados en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 10, 2011.

⁽⁶⁷⁾ A. GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

⁽⁶⁸⁾ Sin duda justificado: F. RUBIO LORENTE, *Nota preliminar a la edición española*, in F. STEIN, *Derecho político*, Madrid, Aguilar, 1973, pp. XI y ss.

pasado ⁽⁶⁹⁾, mientras que otros se habían dedicado a hacer historia por carecer de derecho ⁽⁷⁰⁾, siendo así que todo ello fomentó el acercamiento entre juristas e historiadores del derecho en numerosas ocasiones. Sin embargo, y por supuesto salvando algunas excepciones ⁽⁷¹⁾, a día de hoy no sólo hay menos juristas interesados por la historia, sino que además muchos de aquellos que siguen estándolo no se han preocupado por hacer un mínimo seguimiento de la evolución de la iushistoriografía en aquellos temas que son objeto de su atención ⁽⁷²⁾.

Un significativo ejemplo de lo que vengo afirmando es el que proviene de la historia del constitucionalismo. Ésta sigue siendo cultivada por un importante sector de los constitucionalistas españoles, quienes tienen en la revista *Historia constitucional* un excelente órgano de expresión que, como los *Quaderni*, se ha caracterizado desde su misma fundación por la generosidad de sus horizontes ⁽⁷³⁾. Sin embargo, la historiografía constitucional cultivada por los constitucionalistas se ha comportado de forma similar a la historiografía, digámoslo así, política, en la medida en que comparte con ella un similar desinterés respecto de la nueva iushistoriografía

⁽⁶⁹⁾ C. GARRIGA/M. LORENTE, *Responsabilidad de los empleados públicos y contentiosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión*, in *Constitución de España: orígenes y destinos*, a cura di J.M. Iñurrategui, J. M. Portillo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 215-272.

⁽⁷⁰⁾ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo XX?*, in *Anuario Constitucional y parlamentario*, 9, 1997, pp. 71-128.

⁽⁷¹⁾ A. NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional: historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona, Ariel, 1996; del mismo autor, *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes Constituyentes de 1836-1837*, Barcelona, Ariel, 2011. En otro orden de cosas, también debe subrayarse la existencia de empresas editoriales que, aun siendo esencialmente jurídicas, dedican un importante esfuerzo a la historia: este es el caso de Iustel, que desde hace años viene publicando fuentes para la historia jurídica (http://www.iustel.com/editorial/?b=&destaca=2&ss=Catalogo_completo_de_publicaciones_Iustel).

⁽⁷²⁾ F. MARTÍNEZ, *Venti anni di storiografie amministrative in Spagna*, in "Le Carte e la Storia", 1, 2005, pp. 17-32.

⁽⁷³⁾ <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/index>. Junto a esta revista, debe también citarse otra de similar calidad: "Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional" (<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>).

española. En el origen de esta última también estuvo Tomás y Valiente, dado que fue uno de los primeros que llamaron a la construcción de una nueva historia del constitucionalismo ⁽⁷⁴⁾, consciente como fue que la entrada en vigor de la Constitución de 1978 cambiaba por completo el punto de partida historiográfico ⁽⁷⁵⁾. No es necesario seguir la evolución posterior de Tomás y Valiente en este aspecto puesto que ya ha sido estudiada ⁽⁷⁶⁾, sino simplemente destacar que en su momento saludó con entusiasmo la emergencia de nuevas orientaciones en el estudio de la historia constitucional. “¿Conclusiones? No soy yo quien las formule en términos generales. Es pronto. Sólo me atrevo a decir que una nuevo modo de estudiar el constitucionalismo está surgiendo o ha surgido ya entre nosotros y que tanto por la formación, el rigor y el entusiasmo de sus cultivadores como por la confluencia de perspectivas complementarias entre sí se están llenando huecos a la carrera y, sobre todo, se está pensando con una nueva mentalidad. La que consiste en olvidar tópicos, descubrir problemas, buscar influencias y procurar la integración de conocimientos” ⁽⁷⁷⁾.

Mas a pesar de que la historia del constitucionalismo ha sido uno de los campos más trabajados en los últimos años por un sector de la iushistoriografía, pocas de sus reflexiones han sido tenidas en cuenta por los constitucionalistas interesados por la historia ⁽⁷⁸⁾. Tengo para mí que la normatividad constitucional que hoy por hoy disfrutamos en España no servido para limitar la excesiva identificación entre historia política e historia constitucional, la cual, por cierto, había marcado a fuego la investigación sobre estas cuestiones bajo el franquismo ⁽⁷⁹⁾. Si algo no abunda entre los diferentes

⁽⁷⁴⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, in “Sistema”, 17-18, 1977, pp. 71-88.

⁽⁷⁵⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, in “Anuario de Historia del Derecho Español”, LXXX, 1980, pp. 721-751.

⁽⁷⁶⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Giuffrè, Milán, 1996.

⁽⁷⁷⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, in *Historia Contemporánea*, 12, 1995 (la cita la extraigo de Id. *Obras*, cit., p. 4883).

⁽⁷⁸⁾ B. CLAVERO, *Epílogo*, in C. Garriga, M. Lorente, *Cádiz 1812*, cit., pp. 447-526.

⁽⁷⁹⁾ M. LORENTE, *Cultura constitucional e historiografía del constitucionalismo en España*, in http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier5.pdf.

historiadores del constitucionalismo son precisamente las convenciones ⁽⁸⁰⁾, aun cuando bien es verdad que hay una muy extendida según la cual se da por supuesto que existen diversas “perspectivas” de lectura de la historia constitucional que se corresponden con las diversas tradiciones disciplinares en el seno de las cuales se integran sus distintos cultivadores. Como quiera que no importa mucho que dichas lecturas no tengan ni un solo punto de conexión, aun cuando sea el destinado a fijar los términos de la controversia, creo no exagerar afirmando que tampoco aquí hay diálogo sino, en todo caso, silencio ⁽⁸¹⁾.

IV. *A pesar de todo, normalización.*

Quien me haya seguido hasta aquí podría concluir que sólo cabe lamentarse respecto del mal estado de salud de la más reciente iushistoriografía española; sin embargo, esta valoración tiene tanto de parcial como de injusta. Desde los “estudios sobre cuestiones de método” a los que hacía referencia Mariano Peset hasta la actualidad, no sólo se han hecho realidad muchas empresas colectivas publicándose una enorme cantidad de estudios, sino que además puede afirmarse que la iushistoriografía española en su conjunto se ha *normalizado*. Con este término me refiero a una larga serie de transformaciones que han acercado el tratamiento de muchas cuestiones a planteamientos gestados más allá de nuestras fronteras, a lo que debe añadirse que, en algunos casos muy señalados, la iushistoriografía española ha sido pionera en la formulación de propuestas. Como quiera que resulta imposible enumerar todas y cada una

⁽⁸⁰⁾ Hasta el punto de que su ausencia ha abocado a algunos a preguntarse por la misma existencia de una historia constitucional de España: J.M^a PORTILLO, *¿Existe una historia constitucional de España? Reflexiones sobre un primer manual de esta especie*, in *Revista de las Cortes Generales*, 24, 1991, pp. 295-341.

⁽⁸¹⁾ Un silencio que sin embargo contrasta con la buena recepción que en diversos países hispanoamericanos están teniendo muchas propuestas que provienen de una renovada iushistoriografía constitucional muy atenta a las discontinuidades, toda vez que la historiografía americanista se está librando a la carrera del corsé nacionalista que durante tanto tiempo la oprimió. Un significativo ejemplo en: VV.AA., *La revolución novohispana 1808-1821*, a cura di A. Annino, México, Centro de Investigación y Docencia Económica/Fondo de Cultura Económica, 2010.

de las transformaciones y propuestas mencionadas, me contentaré con presentar algunas significativas, siendo consciente como soy de lo que de injusto, cuando no de desinformado, tiene cualquier ejercicio descriptivo basado en la selección.

En las últimas décadas se ha avanzado notablemente en la inserción de la historia del derecho español en la cultura jurídica europea en general, así como la de los derechos propios en la cultura del *ius commune* en particular. Todo ello, sin duda, está haciendo realidad el antiguo deseo formulado por algunos de “superar el nacionalismo iushistórico” (82), no obstante lo cual debe resaltarse que mientras que el estudio de la jurisprudencia medieval y moderna no conoce más fronteras que las de su pasada y muy compleja geografía, (83) la ciencia jurídica de los dos últimos siglos sigue siendo analizada desde una perspectiva eminentemente nacional (84). Bien es verdad que la España del XIX y buena parte del XX no se caracterizó precisamente por su carácter innovador en lo que a la ciencia jurídica se refiere (85), por lo que no resulta extraño que investigaciones sobre cuestiones relevantes en otros lugares, cual es por ejemplo el caso de la prensa jurídica, no den mucho de sí cuando se trasladan a España (86). En todo caso, hay interés por hacer una

(82) J. LALINDE, *La superación del “nacionalismo iushistórico”*, in *I Seminario de historia del derecho y derecho privado: nuevas técnicas de investigación*, a cura di Pablo Salvador Coderch, Joaquín Cerdá Ruiz-Funes, Barcelona, Universitat Autònoma, 1985, pp. 177-216.

(83) Cabe aquí la cita de un estudio pionero: C. PETIT, *Derecho Común y derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio, siglos XV-XVII*, in “Tjdschrift voor Rechtsgeschiedenis”, 50, 1982, pp. 157-195.

(84) Este aspecto “provincial” se pone de relieve en el proyecto “Vidas por el Derecho. Métodos, carreras e ideologías de juristas europeos (siglos XVIII-XX)” (<http://www.uhu.es/jbering/proyecto001.htm>).

(85) B. CLAVERO, *El método entre infieles o el Código en España*, in “Quaderni Fiorentini”, 20, 1991, pp. 271-317. Sobre las dificultades del Código en España, M. LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

(86) Una visión crítica sobre esta cuestión en F. MARTÍNEZ, *La prensa jurídica y de las corporaciones jurídicas*, in *Doce calas en la historia de la prensa española especializada*, Guadalajara, Asociación de la prensa, 2004, pp. 9-32. No obstante, la prensa jurídica ha sido objeto de análisis a ambas orillas del Atlántico: *La Revista Jurídica en la cultura contemporánea*, a cura di V. Tau, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2003;

nueva historia de la ciencia jurídica distanciada de aquella que se expresa en meros términos continuistas, cuando no directamente apologéticos ⁽⁸⁷⁾, al mismo tiempo que, cada vez más, se van difuminando las fronteras que marcaban las diferencias entre los diferentes países hispánicos más allá de 1808 ⁽⁸⁸⁾. entre los diferentes países hispánicos. Volveré más adelante sobre esta última cuestión, puesto que afecta a la ampliación de horizontes, digámoslo así, cronológicos de la iushistoriografía, centrándome ahora en las variaciones que ha sufrido el tratamiento historiográfico de la cultura del *ius commune* en los últimos tiempos.

Ya en su momento, el ingreso de España en la Comunidad Europea animó el nacimiento de una revista que sustituyó el término español por el europeo: publicada por el Instituto de Derecho Común de la Universidad de Murcia, desde su primer número insistió en la “ciencia jurídica común, patrimonio de todos los europeos ⁽⁸⁹⁾. A esta empresa pionera le siguieron otras más ambi-

Franquismo y revistas Jurídicas. Una aproximación desde la filosofía del derecho, a cura di F. Fernández-Crehuet, Granada, Comares, 2008. Al mismo tiempo, debe reseñarse que muy relacionado con el análisis de la prensa jurídica está el correspondiente a la literatura sobre las famosas “causas célebres”, que también vienen siendo objeto de estudio entre iushistoriadores: J. VALLEJO, *Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal Decimonónico*, in *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, a cura di M. Lorente, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 325-360; C. PETIT, *La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración*, in “Anuario de Historia del Derecho Español”, 75, 2005, pp. 369-412.

⁽⁸⁷⁾ Cabe aquí la cita de algunos ejemplos: A. SERRANO GONZÁLEZ, *Un día en la vida de Castán Tobeñas*, Valencia, Universitat de València, 2001; J. VALLEJO, *Los Ayllón Altolaguirre. Maneras de ser jurista en la España decimonónica*, in “Historia. Instituciones. Documentos”, 32, 2005, pp. 363-395; S. MARTÍN, *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)*, in “Quaderni Fiorentini”, 36, 2007, pp. 502-609; del mismo autor, *Fe católica y razón liberal en el derecho político. La anónima relevancia de Juan de Dios Vico y Brabo (1845-1908)*, in *La enseñanza del derecho en el siglo XX*, a cura di A. Mora, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 273-374.

⁽⁸⁸⁾ Un ejemplo de proyecto aglutinador en: Portal Iberoamericano de Historia del Derecho (<http://www.udg.edu/pibd/PIHD/Presentacio/tabid/14002/language/es-ES/Default.aspx>).

⁽⁸⁹⁾ A. PÉREZ MARTÍN, *Europa. Realidad y aspiración históricas*, in “Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo”, 1, 1988, p. 17.

ciosas, ⁽⁹⁰⁾ como sin duda fueron sido los simposios internacionales sobre el derecho común y Cataluña organizados en Barcelona desde 1991 en adelante por Aquilino Iglesia, director además de una importante revista iushistórica que ha acogido en sus páginas innumerables estudios sobre esta cuestión ⁽⁹¹⁾. Pues bien, con independencia de que se cuestione la búsqueda de orígenes históricos a la Unión ⁽⁹²⁾, o que se señale que nos encontramos ante el ocaso de ese mito historiográfico que vinculaba el *ius commune* a la identidad europea ⁽⁹³⁾, aquella inserción de la historia jurídica peninsular en la cultura del *ius commune* a la que vengo haciendo referencia trastocó algunos lugares comunes de la iushistoriografía española, la cual, durante mucho tiempo, antepuso la cuestión nacional a la cultural. Entre otras muchas cosas, esta estrategia condujo a una suerte de positivismo retroactivo bastante ineficaz en términos explicativos, siendo así que una de las obsesiones de la iushistoriografía tradicional fue medir el grado de recepción de la jurisprudencia en los diferentes territorios hispánicos asignándole un determinado lugar en los órdenes de prelación de fuentes de los diferentes derechos propios, los cuales, a su vez, fueron concebidos en términos eminentemente normativos.

A día de hoy, sin embargo, este tipo de acercamiento al estudio de la cultura del *ius commune* no sólo ha desaparecido, sino que incluso me atrevo a decir que es ya más objeto de crítica historio-

⁽⁹⁰⁾ ‘GLOSSAE. Revista de Historia del Derecho Europeo’ publicó ocho números desde 1988 hasta 1996, interrumpiéndose hasta el año 2011 (<http://www.glossae.eu/ultimo-numero/>). En la actualidad, ha comenzado una nueva andadura. La nueva de versión de ‘GLOSSAE. European Journal of Legal History’ se editará sólo on-line (<http://www.glossae.eu>).

⁽⁹¹⁾ Una relación de las publicaciones a las que han dado lugar estos simposios en: <http://www.ub.edu/dphdtr/2historia/42simposi.html>. Información sobre la publicación “Initium. Revista Catalana d’Història del Dret”, en <http://www.ub.edu/dphdtr/2historia/41initium.html>.

⁽⁹²⁾ B. CLAVERO, *¿Qué Historia, para qué Constitución, de qué Europa?*, in *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, I, Pamplona, Aranzadi, 2004, pp. 27-49.

⁽⁹³⁾ F. FERNÁNDEZ-CREHUET, *Ius commune e identidad europea: el ocaso de un mito*, in “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada”, 9, 2006, pp. 185-208.

gráfica que de otra cosa ⁽⁹⁴⁾. Y es que ya no se insiste en subrayar la mayor dosis de excepcionalidad de casos como el navarro ⁽⁹⁵⁾, ni tampoco se habla en términos de prelación de fuentes sino de jurisdicciones ⁽⁹⁶⁾. Por el contrario, resulta ya natural centrar la atención en la confluencia del *ius commune* y de los derechos patrios ⁽⁹⁷⁾, lo que permite comprender en mejores condiciones las categorías jurídicas pre-modernas ⁽⁹⁸⁾. En definitiva, además de convertirse en un *tema* para la iushistoriografía española ⁽⁹⁹⁾, la jurisprudencia del derecho común se entiende ya por muchos como una de las mejores vías de acceso al conocimiento del completo universo pre-revolucionario ⁽¹⁰⁰⁾.

No es, pues, casualidad, que en los últimos años los estudios sobre Universidades y enseñanza del Derecho se hayan multiplicado en número y en calidad, aunque bien es verdad que este campo no era precisamente desconocido entre los historiadores del derecho

⁽⁹⁴⁾ J. VALLEJO, *Derecho como cultura. Equidad y orden desde la óptica del ius commune*, in *Historia de la Propiedad. Patrimonio Cultural. III Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 28-31 de mayo de 2002*, a cura di Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003 pp. 53-70.

⁽⁹⁵⁾ R. GARCÍA PÉREZ, *Antes Leyes que Reyes. Cultura jurídica y constitución política en la Edad Moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁽⁹⁶⁾ J. VALLEJO, *Introducción "Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá"*, in *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, a cura di F. Waltman, P. Martínez de la Vega Mansilla, Madison, The Hispanic Seminary of Medieval Studies, 1994, pp. 1-19.

⁽⁹⁷⁾ P. ALONSO, *Ius commune y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes*, in *El derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX): en memoria de Francisco Tomás y Valiente*, a cura di E. Torijano, S. de Dios, J. Infante, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 43-148; de la misma autora, *Derecho patrio y derecho común en la Castilla moderna*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno Internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004*, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 101-126.

⁽⁹⁸⁾ C. PETIT, J. VALLEJO, *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, in *Storia di Europa. III. Il Medioevo, secoli V-XV*, a cura di G. Ortali, Torino, Einaudi, 1994, pp. 423-484.

⁽⁹⁹⁾ B. CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Sevilla, 1979.

⁽¹⁰⁰⁾ B. CLAVERO, *Historia y antropología: hallazgo y recobro del derecho moderno*, in *Tantas personas como estados*, cit., pp. 27-52.

españoles ⁽¹⁰¹⁾. Baste, pues, subrayar que seminarios, congresos, centros de investigación o, incluso, publicaciones periódicas ⁽¹⁰²⁾, han contribuido a mejorar notablemente el conocimiento de la historia de la enseñanza del derecho. Una enseñanza que, obviamente, estaba destinada a crear juristas, cuyas vidas, así como sus prácticas ⁽¹⁰³⁾, constituyen hoy un privilegiado objeto de investigación ⁽¹⁰⁴⁾. Ligado al estudio de la enseñanza del derecho en las Universidades se encuentra un terreno que, sin embargo, tiene mucho de autónomo: me estoy refiriendo a la historia de la producción y circulación de libros, la cual, si de la Monarquía Católica estamos hablando, no puede entenderse sin contar con el espinoso asunto de la censura ligada a la inquisición ⁽¹⁰⁵⁾. El análisis la policía del libro ha dado lugar a excelentes estudios ⁽¹⁰⁶⁾, siendo así que éste es un campo

⁽¹⁰¹⁾ Baste aquí hacer una referencia genérica a la extensa obra de Mariano Peset sobre estas cuestiones.

⁽¹⁰²⁾ “Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad” (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CIAN>).

⁽¹⁰³⁾ P. ALONSO, “Hechos y derecho en la *allegatio iuris* del fiscal Solórzano Pereira contra el general Benavides Bazán (1631)”, in *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Córdoba (España), del 19 al 24 de septiembre de 2005*, a cura di M. Torres Aguilar, Córdoba, Diputación de Córdoba/Universidad de Córdoba, 2005 (2008), t. I, pp. 333-356; C. TORMOS, *El abogado en el proceso y la argumentación en los informes jurídicos del XVIII*, in “Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos”, 10-11, 2001-2003, pp. 1079-1131; del mismo autor, *El fin ius commune: las alegaciones jurídicas en el juicio civil de la primera mitad del XIX*, in “Anuario de Historia del Derecho Español”, 71, 2001, 473-500.

⁽¹⁰⁴⁾ Así, por ejemplo, hacer historia de las “vidas” de los juristas es uno de los más importantes objetos de estudio del *Grupo de investigación Rudolf von Jhering de historia de la cultura jurídica* (: <http://www.uhu.es/jhering/index.htm>).

⁽¹⁰⁵⁾ *Inquisición y censura: el acoso a la inteligencia en España*, a cura de E. Gacto, Madrid, Dykinson, 2006. La Inquisición española ha sido objeto de infinidad de análisis, hasta el punto que desde 1991 cuenta con una revista dedicada al estudio de esta institución: “Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos humanos” (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1193>). Un ejemplo reciente de publicación sobre esta cuestión la proporciona la recopilación de trabajos realizados por uno de sus más destacados estudiosos: E. GACTO FERNÁNDEZ, *Estudios jurídicos sobre la Inquisición española*, Madrid, Dykinson, 2012.

⁽¹⁰⁶⁾ E. CONDE NARANJO, *El Argos de la Monarquía. La policía del libro en la España ilustrada (1750-1834)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2006; del mismo autor, *Medioevo Ilustrado. La edición erudita del Ordenamiento de Alcalá (1774)*, Sevilla,

que permite aunar en un mismo relato muchas “historias”: la del derecho, la del libro y de la lectura, la de la Inquisición, la de las Universidades, y en fin, la de la creación de juristas (107).

Este aspecto de lo que vengo denominando normalización, que quizás resulte excesivamente conocido para un observador foráneo, ha adquirido una importante deriva en los últimos tiempos por cuanto que se ha extendido al otro lado del Atlántico (108). Las propuestas de V. Tau en torno a la apertura de horizontes para el estudio de la historia del derecho indiano modernizaron la comprensión de un añejo objeto de estudio (109), que sin duda respondía a una tradición historiográfica y políticamente muy determinada (110). No obstante, el cierre en los años ochenta del ciclo dictatorial permitió a algunos iushistoriadores repensar su pasado, lo cual, a su vez, viene llevando a muchos a extender sus investigaciones más allá de 1808, esto es, de una fecha que durante mucho tiempo sirvió para determinar el fin de la así llamada Historia del Derecho Indiano (111). Pero no se trata de hacer aquí una historia del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano o de sus Congresos por mucho que se la merezcan, sino de señalar que con independencia de su adaptación americana (112), recientes investi-

Universidad de Sevilla, 1998. J. GARCÍA MARTÍN, *El juzgado de imprentas y la utilidad pública. Cuerpo y alma de una Monarquía vicarial*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003.

(107) L. BECK, *Literatura Jurídica y Censura: Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

(108) Con ello no quiero decir que se desconociera la jurisprudencia del *ius commune*. N. DAGROSSA, *Bibliografía de Historia del Derecho Indiano*, in http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000189.

(109) V. TAU ANZOATEGUI, *Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997.

(110) L. NUZZO, *De Italia a las Indias. Un viaje del derecho común*, in <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73310104.pdf>.

(111) Tampoco quiero decir que los iushistoriadores americanos que más se han destacada por el cultivo de la historia del derecho indiano se hayan desentendido del estudio de la historia postcolonial: V. TAU, E. MARTIRÉ, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, Histórica-Emilio J. Perrot, 2005; A. LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004-2005.

(112) Las “particularidades” americanas constituyen la base de la iushistoriografía indianista. Sobre ellas se pronuncia en una reciente obra V. TAU, *El taller del jurista*, Madrid, Universidad Carlos III, 2011.

gaciones han puesto de manifiesto el valor constituyente de las categorías creadas por la jurisprudencia medieval y moderna europea en la periferia de la periferia, lo que sin duda ha ampliado en términos materiales la geografía de la cultura del *ius commune* (113). A todo ello debe añadirse que las nuevas propuestas iushistoriográficas han tenido buena acogida tanto entre otros estudiosos de la historia americana cuanto en el campo de lo jurídico, en el cual debe destacarse el protagonismo adquirido por algunos historiadores del derecho (114). Presentar aquí un listado de autores protagonistas del cambio me obligaría a ir demasiado lejos, por lo que bastará subrayar que entender la gestión de las Indias bajo el prisma del gobierno de la justicia ayuda a entender muchas cosas que se sucedieron antes y después de 1808 (115), entre las cuales destacan tanto su prácticamente indestructible estructura corporativa (116), cuanto su comprensión y tratamiento del “otro”.

Esta última cuestión, sin embargo, no puede considerarse como un elemento de la normalización entendida como superación del nacionalismo histórico jurídico, sino por el contrario una auténtica novedad en la iushistoriografía española (117). Y es que el estudio de los indígenas, de sus derechos, así como de la negación pasada y

(113) A. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, CEPC, 2008.

(114) Así, por ejemplo, el iushistoriador J. Barrientos es no sólo el director de la última edición del Código Civil chileno, sino el autor de las concordancias, historia de la ley, jurisprudencia, notas explicativas e índice temático contenidos en el mismo: *Código Civil*, Santiago de Chile, 2 vols, A. Perrot/Thompson Reuters, 2012. En el sentido marcado en texto, resulta también muy significativa la tarea de Carlos Ramos Nuñez, cuya monumental y novedosa Historia del derecho civil peruano de los siglos XIX y XX ha tenido una excelente acogida (se han publicado ya siete tomos de la misma).

(115) C. GARRIGA, *Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)*, in “Revista de Historia del Derecho”, 34, 2006, pp. 67-160.

(116) A. AGÜERO, *Ciudad y poder político en el antiguo régimen. La tradición castellana*, in “Cuadernos de Historia”, 15, 2005, pp. 237-310; A. LEMPÉRIÈRE, *Entre Dieu et le Roy la République*, Paris, Les Belles Letres, 2004; de la misma autora, *De la república corporativa a la nación moderna (1821-1860)*, in *Inventando la Nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, a cura di A. Annino, F.X. Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 316-346.

(117) B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

presente de los mismos, tiene un protagonista indudable cuya actividad ha traspasado los límites del terreno propio de la iushistoriografía: B. Clavero ⁽¹¹⁸⁾. No obstante, la indígena no es la única geografía silenciada que viene saliendo a la luz en los últimos años, ya que, desde distintas posiciones, los iushistoriadores españoles están abordando el análisis del colonialismo. Con esto no quiero afirmar que no existieran algunos estudios sobre temática ultramarina ⁽¹¹⁹⁾, pero es la cuestión colonial en sí misma la que viene siendo objeto de atención, bien sea en los restos del imperio ⁽¹²⁰⁾, bien en las posesiones africanas ⁽¹²¹⁾. No obstante, debe subrayarse que han sido sobre todo historiadores no juristas quienes más han trabajado en este campo ⁽¹²²⁾, que si por algo se caracteriza es por una abundancia de fuentes que puede llegar a desalentar al investigador más motivado ⁽¹²³⁾.

De seguir el consejo de H. Arendt, el análisis del colonialismo

⁽¹¹⁸⁾ <http://clavero.derechosindigenas.org/>.

⁽¹¹⁹⁾ J. LALINDE, *La administración española en el siglo XIX Puertorriqueño: (Pervivencia de la variante indiana del decisionismo castellano en Puerto Rico)*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1980.

⁽¹²⁰⁾ P. ALONSO, *Cuba en la España liberal (1837-1998). Génesis y desarrollo del régimen autonómico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; de la misma autora, *Entre asimilación y autonomía: La política colonial española para Cuba y Puerto Rico durante el siglo XIX*, in "Quaderni Fiorentini", 33-34, 2004-2005, pp. 675-798. J. Alvarado ha trabajado también la problemática ultramarina: *Constitucionalismo y codificación en las provincias de ultramar: la supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; *Control y responsabilidad en la España del XIX: el juicio de residencia del Gobernador General de Ultramar*, Madrid, Editorial Dickinson, 2010.

⁽¹²¹⁾ C. PETIT, *Detrimentum rei publicae: Constitución de España en Guinea, in Constitución en España: orígenes y destinos*, a cura di J.M. Portillo, J.M. Iñurritegui, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 425-494; B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante*, in "Quaderni Fiorentini", 35, 2006, pp., 429-556; A. CAMPOS, D. NDONGO-BIDYOGO, *De Colonia a Estado: Guinea Ecuatorial, 1955-1968*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁽¹²²⁾ Un buen ejemplo de lo afirmado en J.M.^a FRADERA, *Colonias para después de un imperio*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2005.

⁽¹²³⁾ El Protectorado de Marruecos constituye un excelente ejemplo de lo afirmado en texto. La Biblioteca Nacional ha realizado un espléndido catálogo de fuentes para su historia, en el que se recogen numerosas referencias de interés para la historia del derecho colonial y su aplicación: *Protectorado de España en Marruecos, 1912-1956* (<http://>

nos conduce directamente al fascismo ⁽¹²⁴⁾. Más allá de que la historia de España documenta con exactitud esta secuencia se mire por donde se mire, lo que importa aquí es subrayar que la variante española de los totalitarismos del siglo XX es ya objeto de estudio para los historiadores del derecho ⁽¹²⁵⁾, lo cual, sin duda, constituye otro importante aspecto de la normalización de la iushistoriografía en España. Obviamente, este capítulo aporta algo más que una mera ampliación de la cronología histórico-jurídica, pero en todo caso cierra el ciclo de uno de los objetivos que en su día se propuso la renovación historiográfica: la superación del endémico medievalismo que había determinado la historia del derecho española desde que ésta obró su profesionalización ⁽¹²⁶⁾. Con todo, esta tendencia estaba ya asentada cuando se celebró el encuentro florentino, por lo que aquí sólo cabe señalar que en las últimas dos décadas se han publicado innumerables trabajos en las líneas que ya fueron apuntadas por Tomás y Valiente, a saber: de un lado, estudios sobre las instituciones político-administrativas de los siglos XVI a XVIII Católica, y, de otro, estudios sobre la construcción del Estado liberal a lo largo del Ochocientos español ⁽¹²⁷⁾.

Los así llamados estudios de historia de las instituciones político administrativas provienen de una tradición decimonónica que fue renovada en el siglo XX por medievalistas como Sánchez-Albornoz y García de Valdeavellano. No obstante, esta tradición se transformó tanto cronológica como temáticamente, siendo así que autores como

www.bne.es/es/Servicios/InformacionBibliografica/ExposicionesBibliograficas/ExposicionesBibliograficas2012/docs/PROTECTORADO1.pdf.

⁽¹²⁴⁾ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, 3 vols., Nueva York, Harcourt Brace & Co., 1951.

⁽¹²⁵⁾ E. ALVAREZ CORA, *La Constitución postiza. El nacimiento del Fuero de los Españoles*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2010; S. MARTÍN, *Lo Stato nella Spagna degli anni Trenta: dalla Costituzione repubblicana alla dittatura franchista*, in *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, a cura di G. Melis, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 71-90; del mismo autor, *Génesis, estructura y representaciones del 'nuevo' Estado (1933-1947)*, in *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, a cura di F. Fernández-Crehuet, Granada, Comares, pp. 79-135.

⁽¹²⁶⁾ M. PESET, *Eduardo de Hinojosa. Historiador y político*, in E. DE HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Pamplona, Urgoiti, pp. IX-CXIV.

⁽¹²⁷⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía*, cit., pp. 42-43.

F. Tomás y Valiente, J. Lalinde y J.A. Escudero se embarcaron en el estudio de las instituciones de la Monarquía Católica en la edad moderna. Desde entonces hasta ahora, la producción en este campo no ha hecho sino aumentar, gracias sobre todo a la labor realizada no sólo por los discípulos de los arriba citados autores, sino también de los discípulos de estos últimos. Así, por ejemplo, en el universo salmantino, que en su día fuera renovado por Tomás y Valiente, se han gestado importantes investigaciones sobre la doctrina del príncipe ⁽¹²⁸⁾, así como sobre la economía de la gracia ⁽¹²⁹⁾, a cargo de Salustiano de Dios; también la justicia real y la corporativa han sido estudiadas por C. Garriga y P. Alonso ⁽¹³⁰⁾, autores que también han incidido en el análisis del orden de los juicios y sus concretos mecanismos ⁽¹³¹⁾. Mención aparte merecen otros estudios, que centrados en las Cortes (B. González), los adelantamientos (P. Arregui) o las regidurías (R. Polo, C. Garriga) ⁽¹³²⁾, también pueden encuadrarse en el campo del gobierno de la Monarquía, en el cual confluyen otras investigaciones que merecen destacarse.

⁽¹²⁸⁾ Salustiano de Dios ha publicado numerosos artículos sobre la doctrina del poder del príncipe en diferentes autores, que pueden identificarse en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=103888>.

⁽¹²⁹⁾ S. DE DIOS, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

⁽¹³⁰⁾ C. GARRIGA, *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; P. ALONSO, *Universidad y sociedad corporativa. Historia del privilegio jurisdiccional del Estudio salmantino*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁽¹³¹⁾ P. ALONSO, *El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla*, in "Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid", 5, 2001, pp. 23-53; de la misma autora, *Juicios y garantías procesales entre Antiguo Régimen y constitucionalismo en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. C. GARRIGA, *Contra iudicii improbitatem remedia. La recusación judicial como garantía de la justicia en la Corona de Castilla*, in "Initium. Revista Catalana d'Història del Dret", 11, 2006, pp. 157-382.

⁽¹³²⁾ P. ARREGUI, *Monarquía y señoríos en la Castilla Moderna. Los adelantamientos de Castilla, León y Campos (1474-1643)*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2000; *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505*, a cura di B. González Alonso, Cortes de Castilla y León, 2006.; R. POLO, *El régimen municipal de la Corona de Castilla durante el reinado de los Reyes Católicos (organización, funcionamiento y ámbito de actuación)*, Madrid, Editorial Colex, 1999; C. GARRIGA, *Sobre el estado de Castilla a mediados del siglo XVI: regidurías perpetuas y gobernación de la república*, in "Initium. Revista Catalana d'Història del Dret", 5, 2000, pp. 203-238.

Y es que los discípulos de José Antonio Escudero, a los que se suman más recientemente los de a su vez discípulo Feliciano Barrios, han formado un grupo cohesionado dedicado al estudio de las instituciones de los siglos XVI a XVIII. De ellos destacaré tres nombres. José María Vallejo, investigador prolífico y de gran proyección, dedicado en este campo al estudio de la obra de aquellos hombres que dan vida a la administración central de los reinados de Carlos III y Carlos IV (133), Francisco Baltar dedicado a las instituciones de la Monarquía en el siglo XVII, destacando en su obra su monografía sobre las Juntas de Gobierno (134), y Eduardo Galván autor de un libro sobre una institución unipersonal del Antiguo Régimen: el inquisidor general (135). Fruto del quehacer coordinador y de dirección de escuela por parte de José Antonio Escudero es la obra colectiva *El Rey. Historia de la Monarquía*, que mereció el Premio Nacional de Historia 2009 (136). Otros investigadores, como Gómez Rivero (137), Jon Arrieta (138) y Rafael García (139), son también autores de importantes estudios institucionales sobre el aparato central de la Monarquía, a lo que habría que añadir que otros autores, cual es el caso de C. Losa, han realizado extensos trabajos institucionales de ámbito municipal (140). En todo caso, la problemática articulación de los territorios hispánicos está hoy en el

(133) J. M. VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *La Monarquía y un ministro, Campomanes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; del mismo autor, *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2007.

(134) J. F. BALTAR RODRÍGUEZ, *Las Juntas de Gobierno en la Monarquía Hispánica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

(135) E. GALVÁN RODRÍGUEZ, *El Inquisidor General*, Madrid, Dykinson, 2011.

(136) *El Rey. Historia de la Monarquía*, a cura di J.M. Escudero, Barcelona, Planeta/Fundación Rafael del Pino, 2008.

(137) R. GÓMEZ RIVERO, *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

(138) J. ARRIETA, *El Consejo Supremo de la Coronta de Aragón (1494-1707)*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1994.

(139) R. GARCÍA PÉREZ, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, Eunsa, 1998.

(140) C. LOSA CONTRERAS, *El Concejo de Madrid en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*, Madrid, Dykinson, 1999.

horizonte de muchos iushistoriadores ⁽¹⁴¹⁾, aun cuando no debe olvidarse que, sobre todo aquí, la polémica sobre el Estado ha diversificado las orientaciones de quienes se han preocupado y preocupan por hacer una historia institucional de la Monarquía Católica.

Y ya para finalizar este capítulo. Tomás y Valiente afirmaba en 1989 que si bien los estudios modernistas estaban avanzando notablemente, costaba más “la reivindicación” del siglo XIX para la historia jurídica, con independencia de que incluso en aquel momento ya se advirtiera una predisposición entre los iushistoriadores respecto de la inclusión del Ochocientos en su agenda investigadora ⁽¹⁴²⁾. A día de hoy, sin embargo, no hay cortapisas cronológicas que limiten la actividad de los historiadores del derecho, hasta el punto de que, como ya se ha hecho notar, el propio régimen franquista se ha convertido en objeto de investigación. Lo que en su momento fue una propuesta se ha convertido en una realidad, siendo así que, además, la historia de la construcción del Estado liberal en España ha tenido un momento de gloria con motivo del doscientos aniversario de la Constitución gaditana. La conmemoración ha fomentado la publicación de un enorme conjunto de fuentes y estudios que desbordan con mucho la cronología constitucional doceañista ⁽¹⁴³⁾, a lo que debe añadirse que, para algunos, el *momento gaditano* no sólo fue más hispánico que español ⁽¹⁴⁴⁾, sino

⁽¹⁴¹⁾ Este es el caso, por ejemplo, de J. Arrieta. Sus numerosas publicaciones sobre esta cuestión pueden localizarse en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=jon+arrieta&db=1&td=todo>. Algo similar puede afirmarse respecto de la obra de G. Monreal, cuyas principales publicaciones también pueden seguirse en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=gregorio+monreal&db=2&td=todo>. Una reciente colección de estudios sobre esta cuestión, centrada sobre todo en los Decretos de Nueva Planta en *Génesis territorial de España*, a cura di J. A. Escudero, Zaragoza, Justicia de Aragón, 2007.

⁽¹⁴²⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía*, p. 42.

⁽¹⁴³⁾ Un análisis crítico en B. CLAVERO, *Cádiz, 1812: Antropología e Historiografía del Individuo como Sujeto de Constitución*, (en prensa).

⁽¹⁴⁴⁾ *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1810-1826)*, a cura di M. Lorente, J.M^o Portillo, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.

que además permitió el tránsito entre la Monarquía Católica y la Nación de los católicos (145).

En todo caso, la quiebra de la institución monárquica implicó la pérdida del Imperio, por lo que la formación política que comenzó a apuntar tras el desastre tuvo ya unas dimensiones casi exclusivamente peninsulares. Éste fue el ámbito territorial de las reformas que se sucedieron durante un XIX largo, unas reformas entre las que bien pueden ser incluidas las constitucionales (146). Con ser trascendentales, la iushistoriografía jurídica no se ha limitado al estudio de las Constituciones, sino que se ha extendido en el análisis tanto de la ley decimonónica en sí (147), como de algunas en particular, Códigos incluidos (148). La problemática territorial también ha tenido excelentes observadores (149), aun cuando la “cuestión municipal” sigue siendo, en mi opinión, un tema bastante espinoso (150). En otro orden de cosas, la historia de la justicia (así como la

(145) J.M^a PORTILLO, *De la Monarquía Católica a la Nación de los Católicos*, in “Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales”, 17, 2007, pp. 17-35.

(146) C. MUÑOZ DE BUSTILLO, *Bayona en Andalucía: el Estado Bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; C. SERVÁN, *Laboratorio Constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

(147) M. LORENTE, *La Voz del Estado*, cit.

(148) C. PETIT, *El Código inexistente (I): Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX*, in “Anuario de Derecho Civil”, 48, 1995, pp. 1429-1466; del mismo autor, *El Código inexistente (II): Por una arqueología de la Civilística española*, in “Anuario de Derecho Civil”, 49, 1996, pp. 1415-1450; J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993; M. TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, Messina, Sicania University Press, 2008; M. SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español: apéndice documental*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1996.

(149) C. MUÑOZ DE BUSTILLO, *De Corporación a Constitución: Asturias en España*, in “Anuario de Historia del Derecho”, 65, Madrid, 1995, pp. 321-403; J.M^a PORTILLO, *Sueño Criollo. El doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*, San Sebastián, Nerea, 2006.

(150) R. POLO, *Absolutismo, afrancesamiento y constitucionalismo: La implantación del régimen local liberal (Salamanca, 1808-1814)*, Junta de Castilla y León 2008; E. ORDUÑA, *Municipios y provincias: historia de la organización territorial española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

de los mismos jueces ⁽¹⁵¹⁾ se viene imponiendo como una de las principales temáticas para la iushistoriografía ⁽¹⁵²⁾, hasta el punto de que ya resulta posible ofrecer algunas síntesis de su compleja evolución ⁽¹⁵³⁾. Todo ello ha hecho emerger problemáticas hasta ahora escasamente tratadas ⁽¹⁵⁴⁾, cuales son, por ejemplo, la muy compleja del jurado ⁽¹⁵⁵⁾, o aquella que tiene por objeto dar cuenta de la laboriosa construcción del individuo como sujeto de derecho en un marco marcado por una suerte de neo-corporativismo durante mucho tiempo ⁽¹⁵⁶⁾. No obstante todo lo expuesto hasta aquí, no contamos todavía con una *Historia Constitucional de España* que recoja, sintetizando, todos los conocimientos acumulados desde la óptica proporcionada por los nuevos enfoques que se vienen sugiriendo hace ya más de dos décadas.

Como ya advertí desde un principio, he utilizado pinceladas demasiado gruesas en orden a describir el “estado de la cuestión” de la iushistoriografía española en los últimos veinte años, hasta el punto de que bien puede afirmarse que la presente no sólo es una versión entre muchas posibles, sino que está obviamente marcada por la trayectoria profesional de quien esto escribe. Con todo, tengo para mí que si bien lo que he denominado normalización ha abierto los horizontes tanto cronológicos como temáticos de la iushistorio-

⁽¹⁵¹⁾ B. DÍAZ SAMPEDRO, *La politización de la justicia: la designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*, Madrid, Dykinson, 2005. M. LANERO, *Una milicia de la justicia: la política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

⁽¹⁵²⁾ F. MARTÍNEZ, *Entre confianza y responsabilidad. La Justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; M^a.J. SOLLA, *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011.

⁽¹⁵³⁾ *De la justicia de jueces a la justicia de Leyes. Hacia la España de 1870*, a cura di M. Lorente, Madrid, CGPJ, 2007; *La jurisdicción contencioso-administrativa en España: una historia de sus orígenes*, a cura di M. Lorente, Madrid, CGPJ, 2009.

⁽¹⁵⁴⁾ B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁽¹⁵⁵⁾ B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997.

⁽¹⁵⁶⁾ J. VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, in *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, a cura di C. Garriga, México, Instituto Mora, pp.

grafía jurídica española, se sigue echando de menos que sus cultivadores se aventuren en otras geografías distintas a la estrictamente hispánica ⁽¹⁵⁷⁾, con independencia de que ésta se encuentre situada en un marco cultural más amplio que sin duda se viene tomando en cuenta. Expresado con más claridad: a día de hoy, no resulta extraño que constitucionalistas, filósofos del derecho, civilistas o administrativistas, por no hablar ya de quienes manejan derecho internacional o comunitario, se embarquen en investigaciones cuyo objeto se sitúa más allá de nuestras actuales, y muy locales, fronteras. A salvo de algunas excepciones, sin embargo, resulta muy difícil encontrar historiadores del derecho interesados, por ejemplo, en el estudio del *common law*, de la ciencia jurídica alemana o en la historia de otros constitucionalismos que no sean los “nuestros” ⁽¹⁵⁸⁾. Con todo, es de esperar que nuevas generaciones de estudiosos añadan cubran este capítulo por ahora descuidado de la normalización iushistoriográfica española.

V. *Recapitulación. De la suerte de la Historia del derecho español.*

El cuadro dibujado resultaría más limitado de lo que ya lo es de por sí de olvidar el tratamiento de una cuestión radicada en los campos constitucional e historiográfico a un mismo tiempo: me estoy refiriendo a la ruptura del Estado centralista que realizó la Constitución de 1978 abriendo paso a la constitución de Comunidades Autónomas. Y afirmo que abrió paso porque, como bien es sabido, la primera norma española ni constitucionalizó el Estado de las Autonomías, ni creó las actuales Comunidades, por lo que ha sido el proceso autonómico el que ha venido determinando la estructura territorial del Estado ⁽¹⁵⁹⁾. En todo caso, lo que importa resaltar es que la situación actual ha puesto entre paréntesis la

⁽¹⁵⁷⁾ Lo cierto es que los bicentenarios han puesto de moda las dimensiones hispánicas; un ejemplo de interés para la iushistoriografía: *Juristas de la Independencia*, a cura di J.M^a. Pérez Collados, S. Rodríguez Barbosa, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁽¹⁵⁸⁾ Deben reseñarse algunos meritorios esfuerzos: L. GRAU, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012.

⁽¹⁵⁹⁾ P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

tradicional denominación de los estudios histórico jurídicos, dado que cualquier referencia a la “historia del derecho español” tiene que enfrentarse tanto con el pasado como con el presente del orden jurídico ya no hispánico, sino incluso meramente peninsular ⁽¹⁶⁰⁾.

No es, pues, casualidad, que en las últimas décadas se haya producido un movimiento “descastellanizador” en el seno de la iushistoriografía jurídica, que se ha puesto de manifiesto no sólo en el campo de la investigación ⁽¹⁶¹⁾, sino también en el de la docencia de la historia del derecho en las Facultades jurídicas. No es éste el lugar más indicado para dar cuenta del complejo proceso de renovación de los estudios universitarios con motivo de la implantación del famoso Plan de Bolonia. Me interesa simplemente destacar que venimos asistiendo desde hace ya tiempo a un proceso en el curso del cual ese adjetivo que durante décadas acompañó a la Historia del Derecho en España prácticamente ha desaparecido. Así, por ejemplo, el plan de estudios de la Universidad Pompeu Fabra sólo recoge el término “español” para calificar una asignatura optativa denominada “Historia del Derecho Contemporáneo Español: Constituciona-

⁽¹⁶⁰⁾ Así, por ejemplo, en la guía docente de la asignatura denominada historia del derecho, que se imparte en la Universidad de Valencia, se señala lo siguiente: “Part primera. Comprensió dels conceptes bàsics de l’assignatura. Què és història, dret, història del dret i quin abast té el terme espanyol. En segon lloc, es tracta de conèixer les direccions historiogràfiques principals tant de la història general com de la historiografia jurídica, en particular l’espanyola” (<https://webges.uv.es/uvGuiadocenteWeb/guia?APP=uvGuiadocenteWeb&ACTION=MOSTRARGUIA.M&MODULO=35201&CURSOACAD=2013&IDIOMA=V>).

⁽¹⁶¹⁾ Resulta imposible ofrecer aquí una razonable relación de publicaciones sobre la historia jurídica de las mal llamadas periferias. En todo caso, puede recordarse que la diversificación de objetos de estudio se ha correspondido con una diversificación de instrumentos o, si se quiere, órganos de expresión: así, por ejemplo, el Institut D’Estudis Catalans publica la “Revista de dret històric català”, la cual tiene como objetivo ser “ (...) una revista dedicada a l’estudi de les manifestacions jurídiques del nostre país des de l’antiguitat fins al darrer quart del segle XX, quan Catalunya, amb la democràcia, va recobrar la capacitat legislativa normalitzada gràcies a la reestructuració del Parlament” (<http://publicacions.iec.cat/documentInfo/repository/pdf/00000044/00000069.pdf>). También el Instituto de Derecho Histórico de Vasconia publica la revista, “Revista Iura Vasconiae. Revista de Derecho histórico y autonómico de Vasconia”, que es continuación de otra desaparecida: “Notitia Vasconiae. Revista de Derecho histórico de Vasconia”, y cuyo objetivo es “(...) es el tratamiento de las instituciones históricas y autonómicas de los territorios de la vieja Vasconia” (<http://www.fedhav.eu/coleccion/1-revista-iura-vasconiae>).

lismo y Dictaduras”, que se ofrece a la par que una “Historia del Derecho Catalán”, a lo que debe sumarse que la asignatura obligatoria, que porta el aséptico título “Historia del Derecho”, se describe así: “Evolución histórica de las culturas jurídicas del *ius commune*, desde la perspectiva de España y de Cataluña, y del *common law*. Organización del poder y plasmación del derecho antes y después de las revoluciones liberales” ⁽¹⁶²⁾.

El caso catalán no es el único ⁽¹⁶³⁾, ya que el adjetivo “español” también ha desaparecido en los programas docentes de numerosas Universidades ⁽¹⁶⁴⁾, lo que sin embargo no implica que muchos de sus contenidos respondan a un patrón tradicional ⁽¹⁶⁵⁾. En resumidas cuentas, los cambios en la organización de los estudios universitarios han permitido que la oferta docente iushistórica se haya ampliado mucho, lo cual constituye otro signo de normalización, siendo así que una de las principales novedades no es tanto la emergencia de una docencia histórico — jurídica de ámbito “comunitario” (catalán, valenciano, mallorquín, vascongado, navarro...), cuanto la inseguridad con la que se mantiene, cuando lo hace, el adjetivo *español*. Cuestión distinta es que exista material académico similar al tradicional que cubra la nueva oferta docente ⁽¹⁶⁶⁾, o, lo que es peor, que no haya habido una renovación de contenidos que

⁽¹⁶²⁾ <http://www.upf.edu/estudiants/es/titulacions/dret/grau-dret/pla/>.

⁽¹⁶³⁾ Me refiero al “caso catalán” dado que otras Universidades, como por ejemplo la de Girona, tienen una oferta docente similar: <http://www.udg.edu/depdpr/Eldepartament/Docencia/tabid/3612/language/ca-ES/Default.aspx>.

⁽¹⁶⁴⁾ Así, por ejemplo, el plan de estudios de la Universidad de Santiago de Compostela recoge una asignatura de contenido histórico jurídico que se denomina “Fundamentos Históricos do Dereito” (<http://www.usc.es/es/centros/dereito/materia.html?materia=59778&ano=63>).

⁽¹⁶⁵⁾ El plan de estudios de la Universidad Rovira y Virgili contempla una asignatura denominada “Historia del dret”, no obstante lo cual sus contenidos se describen así: “En aquesta assignatura s’impartiran els coneixements fonamentals dels orígens i evolució històrico-jurídica del dret espanyol, amb especial atenció als diferents moments de creació del dret en base a l’estudi de les fonts del dret i de la seva aplicació posterior, configurant els diferents ordenaments jurídics fins arribar a la Codificació” (http://moodle.urv.net/docnet/guia_docent/index.php?centre=15&ensenyament=1521&assignatura=15214003&any_academic=2012_13).

⁽¹⁶⁶⁾ Así, por ejemplo, R. Jimeno Aranguren afirma que hay una gran escasez de manuales o libros de síntesis dedicados específicamente a la Historia del derecho

haya corrido pareja a los cambios de denominación, lo que en ocasiones puede fomentar una cierta esquizofrenia de difícil solución ⁽¹⁶⁷⁾. Con todo, es evidente que la historia de los derechos propios casa mal con el adjetivo español, no obstante lo cual el sano proceso des-castellanizador al que me vengo refiriendo ha arrojado también algunas consecuencias que, en mi opinión, no son especialmente positivas para la consolidación de la renovación iushistoriográfica cuya descripción me ha ocupado a lo largo de las presentes páginas.

Dichas consecuencias, en mi opinión, están estrechamente ligadas a las especiales características que han marcado el proceso autonómico en España. Si bien éste respondió al reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española (CE, art. 2), ha desencadenado algunas lógicas perversas que, más allá de sus consecuencias políticas, se han reproducido en el seno de la historia jurídica. Y es que con independencia de que haya muchos que no consideren que la “indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles” (CE, art. 2) constituya un valor en sí, lo cierto es que el proceso autonómico se ha entendido en ocasiones en clave de emulación, lo cual, para lo que aquí interesa, se traduce en una necesidad de afirmación de las diferentes comunidades autónomas frente a las demás, para lo cual, en ocasiones, se ha recurrido a la historia.

Pues bien, es justamente en este apartado en el que puede enmarcarse una exitosa empresa política promovida por la Junta General del Principado de Asturias, que en su momento entendió que el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de dicha comunidad abría una espléndida posibilidad para recuperar, compilar y conservar el derecho consuetudinario asturiano. Una vez realizada la tarea ⁽¹⁶⁸⁾, la *Compilación* recoge una veintena de costumbres

navarro. *Una mirada desde la historia del derecho y de las Instituciones de Navarra*, in http://asnabi.datamina.net/revista-tk/revista-tk-23/jimeno_aranguren.pdf.

⁽¹⁶⁷⁾ Un intento de salvar toda esta problemática en M. LORENTE, J. VALLEJO (coords), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

⁽¹⁶⁸⁾ Junta General del Principado de Asturias, *Compilación de derecho consuetudinario asturiano*, B.O.P.A., 9 de marzo de 2007 (el texto puede encontrarse en <http://>

jurídicas específicamente asturianas, las cuales, según el director de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario de Asturias, demuestran no sólo la razón de ser del artículo 16 del Estatuto, sino que en el Principado coexiste junto al derecho común escrito y codificado, un derecho de cuño consuetudinario vivo ⁽¹⁶⁹⁾. El enorme trabajo que se ha invertido en esta empresa sin duda ha dado unos espléndidos frutos histórico-jurídicos, no obstante lo cual todo apunta a que Asturias, cuya Junta General tiene capacidad normativa, ha creído necesitar una suerte de Apéndice foral al Código Civil que en su momento no redactó para afirmar su personalidad. Debe reseñarse que el caso asturiano no es único: el reformado Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana ha abogado por la recuperación de los Fueros del Reino de Valencia, abolidos en 1707, con objeto de desarrollar el Derecho Civil Foral Valenciano ⁽¹⁷⁰⁾. En resumidas cuentas, la historia amenaza con irrumpir de nuevo en el proceso de toma de decisión de la ciudadanía como argumento, desbordando por tanto la comprensión que en su momento se hiciera de la disposición adicional primera de la primera norma de 1978, según la cual “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”.

Cierto es que la historia no es la causante de la descomposición territorial del Estado español, pero cierto es también que los usos que de aquella se haga pueden dañar los avances que se han realizado en las últimas décadas en el campo de la historiografía en general y de la jurídica en particular. Y es que, en mi opinión, en los últimos veinte años han emergido una serie de cuestiones que amenazan con devolvernos a un pasado que creíamos haber superado. La primera, genérica, no se le puede escapar al observador

www.asturias.es/justicia/Ficheros/Espa%C3%B1ol/COMPILACI%C3%93N%20DEL%20DERECHO%20CONSUEUDINARIO%20ASTURIANO.pdf.

⁽¹⁶⁹⁾ I. ARIAS DÍAZ, *Misión cumplida. Asturias ya tiene derecho propio*, in “La Nueva España”, 16 de Mayo de 2007 (<http://www.lne.es/opinion/1578/mision-cumplida-asturias-derecho-propio/502145.html>).

⁽¹⁷⁰⁾ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

experimentado en este tipo de lides: el uso legitimador de la historia del derecho en términos nacionalistas, tan criticado por la iushistoriografía moderna, puede reproducirse a cualquier escala. La segunda, más específica, responde a una lógica similar aunque no idéntica, dado que hay ya una historia de ámbito foral que desconoce los debates metodológicos habidos en el seno de la historia jurídica en las últimas décadas ⁽¹⁷¹⁾. Y, finalmente, la tercera, es una mezcla de ambas puesto que tiene que ver con ese componente emulador que viene marcando el diseño del Estado de las Autonomías, el cual ha determinado una muy específica necesidad de afirmación regional en la que, de nuevo, la invención de tradiciones ha estado y sigue estando demasiado presente ⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁷¹⁾ En mi opinión, este es el caso de S. LARRAZÁBAL, *Derecho público de los territorios forales. De los orígenes a la abolición foral*, Oñati, IVAP/HAEE, 2004, a quien parece no importar proyectar la dicotomía público-privado a unos tiempos en los que resulta cuando menos difícil apreciarla.

⁽¹⁷²⁾ Un ejemplo: M. SUÁREZ CORTINA, *Región, regionalismo e historia. La invención de la tradición en la Cantabria contemporánea*, in "Historia Contemporánea", 11, pp. 215-240.

HEIKKI PIHLAJAMÄKI
LEGAL HISTORY IN FINLAND:
THE NORDIC AND EUROPEAN CONTEXT

1. Introduction. — 2. The Research in Legal History Today. — 3. Research Tendencies in Finnish and Nordic Legal History. — 4. The Nordic cooperation in legal history. — 5. The Future of Legal History in Finland (and elsewhere).

1. *Introduction.*

Because of the long common past as one realm, Finland's legal past is very much linked to the legal history of Sweden, and as scholarly influences are concerned to Germany as well. I will begin with a short historiography, leading to present-day Finland. I will then enlighten some of the present trends of legal history.

The "father of Swedish legal science", Johan Olofsson Stiernhöök (1596-1675), is often mentioned as the first Nordic legal author with an interest in legal history. Seventeenth- and eighteenth-century legal history was, following Lars Björne's expression, largely patriotic, whereas source criticism was valued less. This patriotism resulted mostly in the attempt to portray national legal history as something unique, with some commentators finding "Swedish" legislators in the ancient Greek literature. In the eighteenth century, historical sources began to be approached more critically. Swedish legal scholars such as David Nehrman (1695-1769), Olof Rabenius (1730-1772) and Anders Schönberg (1737-1811), as well as the Danes Christian Ditlev Hedegaard (1700-1781) and Peder Kofod Ancher (1710-1788), all discussed historical themes alongside their dogmatic works ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ L. BJÖRNE, *Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del I: Patrioter och institutionalister* (Lund: Institutionen för rättshistorisk forskning, 1995), 73, 93-94, 362-363.

As elsewhere in nineteenth-century Europe, legal history as a separate branch of legal studies started to develop in the Nordic countries in the vein of the Historical School of Jurisprudence. The Dane Paul Detlef Christian Paulsen (1798-1854) wished to establish what he called “Nordic legal history” (*ius scandinavicum*), and the “Grundrids af den danske Lovhistorie” (Introduction to the Danish Legal History) by Janus Lauritz Andreas Kolderup-Rosenvinge (1792-1850) was even translated into German by one of the foremost Germanists of the time, Karl Gustav Homeyer. Fredrik Peter Brandt from Norway (1825-1891) was the Norwegian pioneer of legal history where, as in Sweden, Johan August Posse (1815-1865) and Knut Olivecrona (1817-1905) carried the flag for the discipline. The nineteenth-century Finnish legal scholars were very much historically oriented, Matthias Calonius (1738-1817), Wilhelm Gabriel Lagus (1789-1859), Johan Jacob Nordström (1801-1874) and Johan Philip Palmén (1811-1896) serving as examples. The shift towards modern history writing and source criticism was, however, slow and gradual, and it was actually towards the end of the nineteenth century that the achievements of modern historical science started to influence legal historical research in the Nordic countries. The Danes Ebbe Hertzberg and Paul Johannes Jørgensen were the trailblazers, followed by others in Denmark and the other Nordic countries in the twentieth century ⁽²⁾.

The place of Roman law in the research agenda of Nordic legal scholars has traditionally been weak, although occasional works have appeared in that field as well. This has also been the case in Finland. The feeble tradition of Roman law is not difficult to explain. The reception of Roman law began late, mainly concentrating in the seventeenth century, when the first appeals courts were founded following European models and staffed with legal professionals. The reception, however, remained rather superficial because of the strong representation of lay judges in the lower courts. The weak reception of learned Roman law in the early modern period thus turned into an equally weak tradition of Roman law studies

⁽²⁾ BJÖRNE, *Brytningstiden: Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del II: 1815-1870* (Lund: Institutet för rätthistorisk forskning, 1998), 92-93, 143-144, 189-191, 219-224, 431-436.

both in research chambers as well as university curricula. In traditional German terminology, Nordic legal historians have always been more Germanists than Romanists.

Historically, the supposed immunity to Roman law was traditionally also a source of pride. Although to some extent useful, Roman law could be downright harmful the point of view of learning domestic law. David Nehrman, the leading eighteenth-century Swedish legal scholar put it this way:

“... the one who, before understanding anything about Swedish law, reads *ius romanum*, if only *Institutiones* or some *Compendium Institutionum*, with the purpose of gaining a clear and correct basis for the practice of the law, works from very far, acquiring wrong concepts about many things, and finds thereafter more difficulties while interpreting Swedish laws and applying them to cases at hand than the one who knows nothing of Roman law.”⁽³⁾

2. *The Research in Legal History Today.*

In what follows I will sketch the state of Finnish legal history as it stands today. For practical reasons, I will limit the survey to the legal historians with doctoral degrees currently active in the law faculties. Finnish legal historians are not numerous, however, which is understandable when one takes into consideration that the population of the region is only a little more than five million. This is why it is possible to mention them all by name.

Finnish legal historians have been typically full-time legal historians, with no teaching duties on other fields. This has recently been changing as some legal historians have been employed in academic positions in other fields as well. The author of this article teaches also comparative law, for instance, and another colleague (Toomas Kotkas) is professor in jurisprudence and social law at the University of Eastern Finland.

Finnish legal history is mainly concentrated at the University of Helsinki, at the moment one of the most active centres of legal historical research in the Nordic countries, both as the size of the

⁽³⁾ D. NEHRMAN, *Inledning til then Svenska Iurisprudentiam Civilem* (Lund: Ludvig Decreaux, 1729), 14 (translation HP).

community and the amount of scholarly production goes. The Law Faculty at the University of Helsinki now has two full professors. Jukka Kekkonen holds the chair for legal history and Roman law. He has written mainly on the history of control policy and the legal aspects of European civil wars, thus mainly nineteenth and twentieth centuries. I myself am responsible for the chair of comparative legal history. My own interests are largely in the fields of the history of procedural, criminal, and currently also commercial law. I also have a book on the history of the Finnish bar. My main focus is on the early modern period, but I have also written on the Middle Ages and contemporary legal history. Apart from the full professors, Pia Letto-Vanamo is the Director of the Institute of commercial law, and has published on procedural legal history and on the legal profession in both medieval, early modern and modern periods.

The Helsinki Faculty has produced a considerable cadre of younger researchers, active on the international scene as well. Toomas Kotkas has written on the use of pardon in the early modern period and has published a book on the question of police law in early modern Sweden. Mia Korpiola is a specialist on medieval and early modern marriage law, but has recently published extensively on questions of legal profession as well. Kaius Tuori could probably best be characterized, more than anything else, as a modern-style Romanist, with recent interests in the development of twentieth century legal history (and the role of Roman law in that) as well. Jukka Siro wrote his doctoral dissertation on the judiciary of the reds during the civil war of 1918.

Although Helsinki is definitely the centre of Finnish legal history, it is not everything.

Lars Björne, certainly one of the leading legal historians in the Nordic countries, is active at the Law Faculty at the University of Turku. Björne has produced an impressive number of works on the history of legal science and is known principally for his massive, four-volume history of the Nordic legal science. Of legal historians still active in the universities, it is Björne who should be characterized the “grand old man” of the discipline in Finland.

We have quite a few doctoral dissertations coming in a next couple of years as well: histories of bankruptcy law (Jussi Sallila), Finnish students abroad during the early modern period (Marianne

Vasara-Aaltonen), American and Scandinavian legal realism compared (Toni Malminen), critical legal scholarship of the 70s and 80s (also a heavily comparative work, by Juhana Salojärvi, franchising and leasing (Raija-Liisa Kumulainen), Islamic law (Ilja Kokkonen), and so forth.

3. *Research Tendencies in Finnish and Nordic Legal History.*

Some conclusions can be drawn on the basis of the description above. First of all, we have covered and are currently covering quite a few different historical periods, themes, institutions, and even geographical areas. Several different methodologies and approaches are used: some are keen on archive work, while others prefer the history of legal scholarship. There is definitely a certain emphasis on the early modern and modern periods. The Swedish legal history before 1809 we treat as our own, of course: a telling example of this is that it is the Finns (under the leadership of Mia Korpiola) who are running a research project to celebrate the 400-year anniversary of the Svea appeals court in 2014 — with funding from Finnish sources.

Still, the fact remains that we are and have always been quite few. Large areas of traditional legal history remain virtually untouched. The history of private law, for instance has remained little researched, with the exception of family law. The Swedish medieval provincial laws from the thirteenth and fourteenth centuries are desperately in need of a modern treatment, as well as the influence of Roman law in early modern Sweden. In the modern world of legal history, all of these themes would need to be treated within a larger European, comparative framework.

The tendency toward more recent times, nevertheless, calls for an explanation. Legal history's continuous need to reaffirm its position in the law faculties may be one of reasons behind the legal historians' wish to produce research which might enable them to communicate with their faculty colleagues and students in a more meaningful way. The Stockholm legal historians openly express their wish to cooperate with the dogmatic legal disciplines, but similar reasons may be found elsewhere as well. This does not mean that contemporary subjects are not important as such, nor do all legal

historians share this view — not even all those who work on contemporary matters. On the contrary, to a certain extent it is only natural that legal historians of younger nations tend to turn to more recent subjects. This is most evident in the case of Estonia, but has relevance for Finland and Norway as well.

Second, Finnish legal history has devoted its attention fairly evenly to different branches of law. Thus, criminal and procedural law have been widely researched, as well as the history of the legal profession. Public law of the nineteenth and twentieth centuries has also been widely researched. If anything, Roman law has not ever been much studied, which may have led to the fact that some general areas of private law are in need of much more research. In the Nordic countries, the paradigm of legal history is traditionally not that of *Privatrechtsgeschichte*.

The lack of the history of private law is clearly a result of the weak tradition of Roman law. The difference is significant when Nordic legal history scholarship is compared with the tradition in countries such as Italy, France, Spain and Germany. However, the lack of tradition has also its good sides.

The lack of certain traditions has, moreover, enabled us to follow new research trends rapidly — which I consider a good thing. For instance, an obvious tendency amongst Finnish legal historians is towards comparative research and beyond traditional national contexts. Practically every Finnish legal historian employs comparative methods almost self-evidently, whenever necessary. At least if this is understood *in sensu largo*, which to me means that the national state is not taken as the natural point of departure and if it is, it is always seen at least potentially as part of a larger context. This has naturally led to increased international networking and publishing on international venues in languages other than the Nordic ones.

The lack of research tradition in Roman law is thus clearly a problem in many ways, and we have much to learn from colleagues and traditions in larger countries. However, the thinness of tradition is not only a bad thing. For instance, part of our scarce resources do not need to be allocated to chairs of Roman law, but instead to areas of legal history which have more relevance in today's world. We have been rather quick to shift our interests from national to comparative legal history. This is, interestingly, typical for other

small countries as well, such as Belgium and Sweden. Small countries cannot afford to enclose themselves within their national legal histories, but need to find explanations for historical legal phenomena outside their borders. In this respect, I think that legal historians in large countries with more tradition in legal historiography might consider following the example. Despite of recent changes in scholarly methods, much of international legal history is still written too narrowly from national perspectives. Sometimes this is, of course, quite acceptable but many times legal historians would clearly benefit from a wider outlook.

4. *The Nordic cooperation in legal history.*

Nordic cooperation of legal historians has become increasingly important in recent years. In the past few years, the cooperation was undertaken in the form of a common doctoral training network called *Legal history on the edge of Europe: Nordic law in the European legal community 1000-2000 a.d. (REUNA)* ⁽⁴⁾. The REUNA (the Finnish for ‘edge’) network consisted of about 40-50 legal historians from Finland, Estonia, Sweden, Denmark, Norway and Iceland, the majority of whom were doctoral students. The purpose of the network was to assist younger legal historians to escape national and regional confines and to take part in legal history debates in a European context. The activities of the network were arranged into a series of symposiums in all the participating countries over a period of seven years (2004-2009). The network was administered by the University of Helsinki and financed by Nord-Forsk, which operates under the Nordic Council of Ministers.

We may already say that the network was a success. It was created a sense of commonality not only amongst the doctoral students but Nordic legal historians in general, since not only doctoral students but more experienced legal historians as well attended the seminars. The conferences have been popular, not only because of the chance to meet Nordic colleagues, but also because of the impressive list of non-Nordic keynote speakers, including

⁽⁴⁾ <http://blogs.helsinki.fi/reunanetwork/> (read on April 4, 2013).

world-class scholars such as Michael Stolleis, Marie-Theres Fögen, James Whitman, Dirk Heirbaut, David Sugarman, Pietro Costa, Marcel Senn, António Hespanha and Emanuele Conte. The network has also produced other forms of cooperation, such as books and projects. Unfortunately, the funding of the network has now ceased. The institutionalized cooperation has now been continued in the form of Nordic legal history conferences, the first of which took place in Uppsala in April 2013.

5. *The Future of Legal History in Finland (and elsewhere).*

It is probably not realistic to wish that legal history could return to its nineteenth-century position as a leading social science ⁽⁵⁾. Too much has changed in both law and history. For many colleagues, this is not even problem. Academic disciplines, they will say, have a certain *raison d'être* in doing whatever they the best they can, let others then draw conclusions of their utility. The problem is that those others — academic bureaucrats and colleagues in the faculties — certainly will, as they will do regarding every other discipline as well. Finnish legal history has not, so far, faced drastic cuts or even threats of cuts; however, only very few chairs exist to cut in the first place, and there is certainly no legal historical overweight in the curricula of law faculties. Nevertheless, we ought to be prepared.

Thus, if legal history wishes to remain or become important, indeed, if it wishes to remain in the curriculum of legal faculties, it needs to update itself constantly. It needs to follow the neighbouring disciplines, not to imitate or copy their methods, but to able to converse with them fluently. Needless to say, legal historians need also to be well networked with colleagues abroad. But these requirements are in fact self-evident. It is much more difficult to say what kind of legal history we should practice in order to be significant, and in order to be heard and read. To answer this question it is worthwhile to cast a look on the nineteenth century, the golden age of legal history. Back then, legal historians had lots to say about the law itself. To able to do the same in today's world, legal historians

⁽⁵⁾ See J. Q. WHITMAN, *Bring Back the Glory*, *Rechtsgeschichte* 4 (2004), 74-81.

should be able to identify themselves as academics who have something to contribute to questions such as theories of legal sources, Europeanization and globalization of law, legal transfers and democracy, for instance. All this from their own point of view, of course, as experts of changing law — within and without national borders.

DAG MICHALSEN
WHAT IS LEGAL HISTORY IN NORWAY?

1. What is Norwegian legal history? National and post national attitudes. — 2. The Sami legal history and the Alta case. — 3. Types of legal history. — 4. Constitutional law and constitutional history. — 5. History of legal reasoning.

1. *What is Norwegian legal history? National and post national attitudes.*

To outline some aspects of the contemporary state of art of the Norwegian legal historical research prompts some preliminary considerations. What is legal history in Norway today? What are the main lines of historical-legal studies being conducted there? On the one hand these questions do not require a long answer as there are some obvious quantitative limits given Norway's five million inhabitants and the small number of legal historians. On the other hand, any location tends to represent underlying wider geographical trends and debates and thus a study of a minor country can be as fruitful as that of a major. Furthermore, what does the problematic word "Norway" denotes in my question? Does nationality define legal historical research in any way or is our discipline mostly formed by international orientated questions? Undoubtedly national discourses do play an important role in legal historical research, but at the same time the international structured themes and methodology tend to connect the many national legal histories.

As in most other western European states there has been a marked shift from nationalism to post nationalism in Norwegian legal historical historiography. And it might even be true that the typical national themes of the past quite seldom are being investigated. Some do not even exist any more. Just to take one example: From the end of the 19th Century the idea of the so called Germanic

law was an important model for interpreting the cultural qualities of the past Norwegian law, especially the rich medieval legal culture, and thereby connecting it to the wider Germanic German legal debate at the time. Since the 1960s however, nobody speaks of Germanic law any more; the word has simply disappeared from the vocabulary of the Norwegian legal historians ⁽¹⁾. Even though Norway often has been branded as a rather nationalistic state, it is hard to detect nationalism as an important theme in current legal historical research. There are of course themes that can only be understood as part of the Norwegian society and history, but the tendency of the past to interpret these themes as uniquely Norwegian is almost gone. Thus the topic of internationalisation of law, of legal reception and legal transfers, has been widely used in legal historical research and also methodologically discussed, which is not surprising, given the geographical location of Norway in the periphery of northern Europe ⁽²⁾. On the whole, the contemporary legal internationalisation has stimulated new kinds of legal historical research as legal regimes are more tightly brought together and thus their historical pasts are being formed by these new interconnections. For Norway, the legal historical backgrounds of other countries have attained a direct legal relevance not thought of before. This has been increasingly acknowledged, and now more systematically than ever before.

2. *The Sami legal history and the Alta case.*

I will pursue the issue of the identity of Norway by telling a story from the 1970s. In 1978 the Norwegian Parliament decided to develop an immense area for hydropower which included an artificial lake that would cover Sámi villages in Finmark far north in Norway. This led to a popular movement that fought against the Norwegian state with legal, non-legal and even violent means. The protesters were removed with force, the case went to the Supreme

⁽¹⁾ D. MICHALSEN, *Lost Law?, Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* Frankfurt, 2008, p. 182-185.

⁽²⁾ Jørn ØYREHAGEN SUNDE og Knut EINAR SKODVIN (eds), *Rendezvous of European Legal Cultures*, Bergen, 2010.

Court that ruled in favour of the government, and eventually the power plant was built, albeit on a much smaller scale as originally planned. I am very much aware that most European countries during the 1970s had more severe problems of civil disobedience and terror action than this story shows. But to Norway it was significant and it was an interesting blow to Norwegian nationalism that actually had been strengthened during the debate on membership in European Union in 1972, a membership that was rejected by a majority. Norway is today not a member of the European Union. As Norway has been a stable state since 1814 without any *coup d'état* and characterized by a distinct liberal nationalism since the latter part of the 19th century, this sudden eruption of ethnic violence and a new kind of nationalism, namely the Sami one, came as shock.

These events stimulated an interesting and politically loaded legal historical research that eventually contributed to the denationalization of legal history all together. The legal-political movement was structured in favour of making the Sámi legal world more constitutionally autonomous and this resulted in the establishment of a Sámi Parliament in 1987, although with limited power. A commission was set down to propose legal reforms for the Sámi population, and a broad legal historical research was initiated as part of this new political attitude to the Sámi world. Of particular interest for the Sámi society was the need to define the legal property structures of the land (such as the problematic question of ownership) used by the Sámi population still adhered to traditional life ⁽³⁾. In the increasing conflicts on land rights in particular and the idea of a 'right of a people' in general, the Sámi legal historical pasts are being interpreted and reconstructed as part of this legal movement involving ethnic character, definitions of a people, and questions on 'original settlements' resulting in an impossible question: who came first to Norway? In addition, lawyers had to take into account disputed legal interpretations of international conventions protect-

⁽³⁾ Kirsti STRØM BULL, *Saami customary law and the proposals of the Saami Rights Committee*, in Michael JONES and Audhild SCHANCHE (eds.), *Landscape, law and customary rights*, Kautokeino, 2004, p. 163-171.

ing the Sámi people, conventions that often seemed to be in conflict with Norwegian legal norms.

Thus the legal historian trying to entangle the complexities of the legal world of vast areas in northern Norway are automatically drawn into ideological and political controversies very much reminding Norwegian lawyers and legal historians of their own past Norwegian world of the 19th century and early 20th century filled as it was with ideas about nation and people. But now this model was recast with 'Norway' as the strong de-nationalized partner, even enemy. To find sympathy for the Sámi part in a conflict between a pre-modern and modern organization of the natural resources is not difficult. But the issue has been — what sort of legal history is the Sámi legal history? Norway which has looked upon itself as morally quite impeccable without the burden of a colonial past suddenly discovered itself in that very clothing. And there were a number of legal historians who pointed that out, such as the late professor in legal history in Oslo, Gudmund Sandvik. Thus, I regard this trend of legal history as one of the most interesting from the last decades.

3. *Types of legal history.*

This brings us to a general issue in legal historical research, namely the character of involvement and political participation of the researcher. In the history of Norwegian legal historical research during the 19th and major parts of the 20th century there was throughout a tacit loyalty to the Norwegian nation state. During the 19th century this was combined with the models of German legal science, the historical school of Savigny and his followers, later, during the 20th century, it was combined with models of the constitutional welfare state. Thus in Norway there never were political extremes, neither fascism nor communism, and the natural narrative was that of the Norwegian people. Undoubtedly this formed the legal historical reasoning as we may speak of a methodological liberal nationalism. Only during more recent decades this approach has been transformed into a new internationalism.

Now, whatever the history of politics of legal historical scholarship, the relationship between legal dogmatics and legal history will be an issue. As Norway never had a modern civil codification,

although a serious attempt was made during first half of 19th century, the plurality of legal sources generated historical thematizations. On the other hand, as there never was any substantial reception of Roman law, the study of Roman law has been strikingly absent from legal historical research. Perhaps this very fact led to a certain lack of temporal quality and sensitivity that working with ancient legal sources often provide. With an active constitutional self-conscious legislator, the Parliament, legal history has in sum become more contemporary. The issue of the legal history of the Middle Ages — which has being so important for the formation of a Norwegian legal identity — has for example largely become a field of research only for some few specialists, not modern day legal historians, although there are some notable exceptions (4). Legal history as it is conducted in Norway today gravitates between legal science on the one hand and social and cultural sciences on the other. And the paradoxical insight seems now to be that legal historical research cannot be interesting to legal science if it exclusively connects to the immediate interest of legal science: Legal historical research has to have a wider field, even leaving legal science behind and when necessary fully join the historical sciences.

4. *Constitutional law and constitutional history.*

These perspectives on national identity, on the interface of law and politics and the intertwining of legal history and legal dogmatic are nowhere as evident as in the issue of constitutional law and constitutional history. The Norwegian constitution of 1814 is still in effect, without too many changes. This constitution created modern Norway and has been the framework for the transition from constitutional elitism of the 19th century to a radical democracy of today. For the historian constitutional history has been closely linked to political history. To constitutional lawyers constitutional history has been part of constitutional doctrine as would be the case for old constitutions as the Norwegian (5). To a large extent and for

(4) Jørn ØYREHAGEN SUNDE, *Speculum legale*, Bergen, 2005.

(5) Eivind SMITH (ed), *Constitutional justice under old constitutions*, The Hague, 1995.

a very long time the two professions have not been on speaking terms. Only the last ten years constitutional history has managed to combine legal dogmatics and contextual history. There are some interesting reasons for this new trend. Without doubt the so called normative turn has made other professions more interested in normative structures in political and constitutional life. And equally constitutional historians have become more interested in broader normative aspects than the genealogy of constitutional rules. Thus there have been formed a number of cross disciplined legal-historical scholarships, not seen before. An important contribution to this new trend has been an active comparative approach, with liberating effects on present scholarship.

In 2014 the Norwegian constitution will be 200 years. A number of legal historical studies are at the moment being conducted. The general trend now is to de-nationalise and internationalise the history of the Norwegian constitution. In a multivolume series (“New Perspective on the Norwegian Constitution”) this is partly done through systematic comparisons, partly through an embedding of the Constitution within the international constitutional landscape (6). In a number of specialized studies a more complex constitutional history is being written. The most prominent constitutional historical issue the last decades have been the debates on the judicial review, being introduced into Norwegian constitutional life during the 19th Century, as the first European country. Prominent Norwegian scholars, as Rune Slagstad and Jon Elster, have investigated historically and theoretically the constitutional and political mechanisms behind the institution of judicial review; a significant book to which later legal historical studies have related is “Constitutionalism and democracy” published in 1988 (7). As to the problematic parts of the constitutional and legal history of the 20th Century, such as the history of Nazi-occupation, much research is still to be done.

(6) Dag MICHALSEN (ed), *Nye perspektiver på Grunnloven* [New Perspectives on the Norwegian Constitution], I-VI Oslo, 2013-2014 (partly in English).

(7) Jon ELSTER and Rune SLAGSTAD (ed), *Constitutionalism and democracy*, Cambridge, 1988.

5. *History of legal reasoning.*

My last theme is the history of legal reasoning. During the last decade the Finnish legal historian Lars Björne has published his monumental four volume series on the history of Nordic legal science (1995-2007), a series that has brought the study of legal thinking to a new level in the Nordic countries. In Norway there has been a new surge of historical studies of legal thinking and I would like to highlight two new recent important studies. In 2007 Jørn Øyrehagen Sunde published “Reason and experience: The formation of a methodological consciousness in Danish-Norwegian law in the 18th Century” (8). By a wide-ranging set of sources Sunde reconstructs new forms of legal thinking in the legal social arenas of the 18th Century as a result of political and cultural structures and international impulses. Moreover, in a number of studies Sunde has introduced and refined the concept of legal culture in Norwegian legal historiography (9). In 2012 Eirik Holmøyvik published “The Separation of Power and 1814” which is a groundbreaking study of the formation of the constitutional system of separation of power in the Norwegian constitution of 1814 (10). On a more general level his book contributes to the discussion on the relationship between political structures and constitutional thinking in the intersection of national and international trends. Dag Michalsen has published a couple of books on Norwegian legal science in European context of the 19th Century (11).

An interesting trend has been the historical reflection on the long and troublesome showdown with Scandinavian legal realism that dominated the legal scientific scene a number of decades during

(8) Jørn Øyrehagen Sunde, born 1972, is professor in legal history at the University of Bergen since 2007.

(9) Jørn ØYREHAGEN SUNDE, *Dissenting votes in the Norwegian Supreme Court 1965-2009. A legal cultural analysis*, in *Zeitschrift Rechtskultur*, 2012/1.

(10) Eirik Holmøyvik, born 1978 is associate professor in legal science at the University of Bergen since 2011.

(11) Dag MICHALSEN, *Romerrettsideologi* [The Ideology of Roman law] (2008) and *Norsk rettstenkning etter 1800* [The History of Norwegian legal thought after 1800] (2013). Dag Michalsen, born 1957, has been professor in legal history at the University of Oslo since 1997.

the 20th Century. Even though the historic analyses have paid attention to its liberating effects on legal reasoning and its deeper legal understanding of court practice, its problematic notion of value neutrality and norm skepticism has met with much criticism. In Norway a number of studies have been published with implied normative historical direction often aiming at uncovering the problematic aspects of that school of legal science. In an equally important and interesting historical study from 2005, “Nordic legal pragmatism”, Sverre Blandhol interpreted two lines of legal thought, legal pragmatism and legal fundamentalism; by subtle historical interpretations he identified Scandinavian legal realism as a type of the latter. Later, a number of younger legal scholars have contributed to a more historically complex interpreted legal historical background of the present internationalized legal science.

Even though I understand the theoretical and historical critique of Scandinavian legal realism I admit not being very far from its methodological position. In my case, in the methods of legal history as I practice, this would be transformed into that of emphasizing what I would call the virtues of nominalistic readings of past legal-historical texts. Adhering to nominalism means using epistemological strategies, reflecting on modes of readings of past legal texts and thus contributing to a more uncertain and manifold historical interpretation, with a constant eye on the particular of the past. In particular this mode of reading focuses on those forms of historical representations that tend to shape the historical past on great scales, such as narrative meta structures and abstract historical concepts (‘the state’, ‘the influence of’). How are we to address the reading of past legal texts with a more skeptical attitude to these schemes of traditional legal historical interpretations and reconstructions? To me, those are liberating questions.

**STORIOGRAFIE GIURIDICHE NAZIONALI:
LO STATO DELL'ARTE.
OLTRE L'EUROPA**

ARNO DAL RI JR.

LA STORIOGRAFIA GIURIDICA BRASILIANA LETTA
ATTRAVERSO L'ESPERIENZA STORIOGRAFICA PENALE:
NOTE PER LA CONSOLIDAZIONE DI UNA DISCIPLINA

1. Introduzione. — 2. La storia del diritto penale tra i penalisti. — 3. La storia del diritto penale nelle scienze sociali. — 4. La storia del diritto penale fatta dagli storici del diritto. — 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Gli ultimi due decenni hanno testimoniato un incremento senza precedenti nella ricerca sulla storia del diritto in Brasile. Considerata per molto tempo un sottoprodotto della sociologia o della filosofia del diritto, o addirittura un mero accessorio più consono a una dogmatica poco fertile, la storiografia giuridica brasiliana è riuscita a liberarsi dai lacci ai quali si trovava vincolata, conseguendo numerosi e proficui risultati, tutti contraddistinti dalla forte tensione al rigore metodologico e storiografico.

All'interno di questo vasto ed articolato universo, che associa numerosi oggetti, temi e tendenze, la storiografia giuridica penale brasiliana costituisce un caso esemplare. Frutto di un itinerario che si è ampliato grazie al ricco dialogo con storici, politologi e criminologi e con dotti penalisti, la storiografia penale, forse la più antica tra quelle di matrice giuridica, è da decenni un effervescente laboratorio di analisi.

Nel tentativo di presentare alcuni aspetti dell'attuale panorama della storiografia giuridica in Brasile, questo saggio intende utilizzare come riferimento e come campione di ricerca, delimitando così i suoi confini, l'emblematico esempio offerto dai fenomeni e dalle letture che fondano la costruzione del sapere storiografico giuridico penale.

2. *La storia del diritto penale tra i penalisti.*

Il sapere giuridico tendenzialmente “enciclopedico” che caratterizzava gli studi giuridici nella seconda metà del XIX secolo presenta, tra le sue forme di erudizione, quella che possiede contorni eminentemente storici ⁽¹⁾. Tuttavia, la grande maggioranza dei manuali di diritto penale del periodo analizzato si distingue per lo scarso respiro ai fini dell’elaborazione di un contributo storico, e, inoltre, poco si sofferma sulle fonti primarie ⁽²⁾.

Nonostante la precarietà della situazione brasiliana, già verso la fine del XIX secolo si può osservare il consolidarsi di una tradizione di giuristi dotti, principalmente civilisti, pubblicisti e filosofi del diritto. Alcuni Autori dell’epoca sono degni di essere ricordati, quali, tra tutti, Tobias Barreto e João Vieira de Araújo, il quale ultimo va particolarmente segnalato per essere stato uno dei primi

⁽¹⁾ Poche opere nel periodo anteriore a quello oggetto della presente analisi portano con sé dei riferimenti storici per quel che concerne il diritto penale brasiliano. Un’eccezione è costituita dal volume pubblicato da ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações ao Código Criminal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto Co., 1864, p. 11-33. All’opposto, il tema è ignorato in vari altri scritti del periodo, come quello di ARAÚJO, João Vieira de. *Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império do Brazil*. Pernambuco: Tipographia do Jornal do Recife, 1884. Sul lavoro sviluppato da Thomaz Alves Jr., vedi, in particolare, MACHADO NETO, Zahidé. *Direito Penal e Estrutura Social* (Comentário Sociológico ao Código Criminal de 1830). São Paulo: Saraiva, 1977.

⁽²⁾ Per quel che concerne la storia del diritto penale in generale, i manuali brasiliani della fine XIX secolo ed inizio del XX secolo offrivano principalmente le informazioni desumibili dalle analisi storiche contenute negli scritti di Franz von Lizst e di Enrico Ferri, direttamente citati, o, a volte, addirittura misconosciuti, con omissione delle fonti, che in Brasile erano costituite principalmente dal testo di LISZT, Franz von, *Tratado de Direito Penal Allemão*. Tomo I. Traduzido da última edição e commentado por Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguier, 1899, 486 p. (letto nella edizione brasiliana); e da quello di FERRI, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione in ordine al codice criminale vigente. Progetto 1921-Progetto 1927, Torino: Unione tipografica editrice torinese, 1928, p. 1-108, ovvero ancora dai saggi “Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara” e “Francesco Carrara e la evoluzione del diritto penale” in FERRI, Enrico. *Studi sulla criminalità*. Torino: Bocca, 1891, p. 389-412; e, FERRI, Henri. *La sociologie criminelle*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1893, p. 1-13 (letto nell’edizione francese).

giuristi brasiliani ad aver dedicato quasi tutta la sua opera al diritto penale ⁽³⁾.

Ma è solamente verso la metà degli anni venti del XX secolo che assistiamo alla svolta che darà inizio ad una tradizione di penalisti in senso stretto. Nelle digressioni storiche dei *Comentários ao Código Penal* ⁽⁴⁾, Nelson Hungria dimostra di adottare un approccio storico

⁽³⁾ In quello stesso periodo è raro incontrare, nella parte dedicata alla dottrina della rivista *O Direito*, molto probabilmente il più significativo ambito di dibattito dell'accademia giuridica del periodo, saggi riguardanti la materia penalistica; quelli rinvenuti sono in gran parte elaborazioni molto puntuali e tecniche che ignorano qualsiasi tipo di storicizzazione del diritto penale: cfr. ARAÚJO, João Vieira de. *Direito Criminal. O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 40 (1886), p. 529-534; ARAÚJO, João Vieira de. A Nova escola de Direito Criminal. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 47 (1888), p. 481-487; SOARES, Antônio José Macedo. A Anthropologia e o Direito Criminal. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 47 (1888), p. 498-502; ARAÚJO, João Vieira de. Na Psychologia Criminal a *premeditação* e a *paixão* são antinômicas? *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 49 (1889), p. 5-17; GALVÃO, José Bernardo de Arroxellas. A individualização da pena é o princípio regulador da esphera da penalidade. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 49 (1889), p. 5-13; ARAÚJO, João Vieira de. O Estupro Violento. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 50 (1889), p. 6-18; ARAÚJO, João Vieira de. Anthropologia Criminal. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 50 (1889), p. 177-184; ARAÚJO, João Vieira de. O ante-projecto da nova edição official do Código Criminal e o parecer da comissão. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 51 (1890), p. 10-25; DUARTE, Francisco Ferreira Dias. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 53 (1890), p. 610-626; MOREIRA, Saldanha. O Novo Código Penal. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 55 (1891), p. 237-239. Segue nella stessa direzione il commentario al codice criminale di João Vieira, pubblicato nel settore della rivista dedicato alla "Bibliographia", scritto da J. A. Macedo Soares (*O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 49 (1889), p. 327-335). Un approccio con nuances di tentativo storicizzante del diritto penale può essere incontrato, al contrario, in modo incipiente, in IGNOTUS. O Duello perante o Código Penal. *O Direito*. Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, 55 (1891), p. 381-385. Nella stessa direzione va segnalato l'articolo pubblicato nei numeri di agosto e settembre del 1893 di una rivista di minor rilievo, scritto da DORIA, José R. da Costa. Deve-se modificar o Código Criminal brasileiro de accordo com os progressos da medicina e da sociologia? *Gazeta da Bahia*, 1893, p. 57-64 e 97-104.

⁽⁴⁾ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1948, in otto tomi.

più ricercato rispetto a quello già realizzato da João Vieira. Infatti, mentre per quest'ultimo le digressioni non erano soltanto tali, bensì elementi essenziali del suo lavoro, per Hungria, al contrario, le digressioni non erano essenziali (basterà ricordare lo schema tecnico). Le digressioni di Hungria, tuttavia, sono migliori e più sviluppate rispetto a quelle elaborate da João Vieira. Come già evidenziato, quest'ultimo è uno tra i primi giuristi brasiliani in assoluto a dedicarsi esclusivamente al diritto penale, mentre Hungria può già profittare di una tradizione di alcuni decenni. Roberto Lyra, altro penalista di spicco del periodo e che analizza questioni storiche nelle sue opere, al contrario non si arrende completamente al concetto di scienza giuridica tecnicista ed è pertanto erede della concezione di scienza giuridica del XIX secolo. Tale atteggiamento contraddistingue in modo particolare le sue digressioni storiche, non tanto, forse, nel senso dell'importanza delle "digressioni" sociologiche, ma, sicuramente, in modo tale da rendere Lyra differente rispetto ad un purista come Nelson Hungria. Ciò che tuttavia accomuna Roberto Lyra e Nelson Hungria è il fatto che entrambi sono giuristi che si dedicano esclusivamente al diritto penale (anche se in senso ampio). Anche Galdino Siqueira e José da Costa e Silva, seguiti successivamente da Aníbal Bruno e Heleno Fragoso, partecipano a questa tradizione di dotti penalisti.

La sensibilità storiografica che si può riscontrare negli otto tomi dei *Comentários ao Código Penal* coordinati da Hungria e contenenti anche gli scritti di Lyra e Fragoso, è la dimostrazione dell'intenso lavoro realizzato da questi giuristi. Immerse in una struttura di analisi eminentemente dogmatica, è possibile rinvenire ampie pagine nelle quali non soltanto è manifesta una forte sensibilità storica, ma anche grande erudizione e una vasta conoscenza della storia del pensiero giuridico penale. È ciò che succede, per esempio, nelle pagine destinate a presentare "a evolução histórica do princípio 'nullum crimen, nulla poena sine lege'" (5), in cui Hungria dà mostra di tutta la sua erudizione e sensibilità nell'ambito della storia del pensiero giuridico.

Merita di essere posto in risalto in modo particolare, in questo

(5) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo I. Op. cit., p. 35 ss.

contesto, il saggio “*A evolução do direito penal brasileiro*” (6), pubblicato nel 1943 da Hungria. Si tratta di un’opera di spicco che, tenendo conto del periodo e del fatto che l’Autore è giurista di formazione eminentemente dogmatica, contiene significativi tentativi di analisi del percorso della scienza penalistica brasiliana: “*Il diritto penale emotivo e romantico, connesso all’obiettivo di esiti tribunizi e all’incanto di uditi imprudenti, fu a poco a poco sostituito dal diritto penale scrupolosamente studiato ed applicato come un sistema di principi, come un ramo della scienza giuridica. Fino a quel momento, lo studio delle materie penalistiche seduceva soltanto gli oratori della giuria, ed era realizzato a piacimento oppure sotto l’ispirazione di mutevoli interessi occasionali, per il trionfo dei quali il diritto positivo si piegava e ripiegava, sostenuto a malapena da atti di accusa superficiali e quasi ridotto a lettera morta dall’arbitrio sovrano e dalla logica di sentimento del tribunale popolare*” (7).

La sensibilità storica di Hungria che emerge da questo testo, in una certa maniera, porta con sé alcune intuizioni che saranno proposte dopo decenni da Pasquale Beneduce (8) nella sua analisi della cultura giuridica italiana e da Carlos Petit (9) in quella spagnola, e da Sergio Adorno (10) in quella brasiliana. Feroce oppositore del paradigma oratorio-forense, Hungria critica l’immagine del “giurista eloquente” nel diritto penale tipica del bacharelismo, esaltando quella nuova, del

(6) HUNGRIA, Nélon. *A evolução do direito penal brasileiro*. *Revista Forense*, 7 (1943), p.

(7) “*O direito penal emocional e romântico, afeiçoado ao objetivo de êxitos tribunícios e ao encantamento de ouvidos incautos, foi sendo substituído pelo direito penal conscienciosamente investigado e aplicado como um sistema orgânico de princípios, como um ramo da ciência jurídica. Até então estudo das questões penais quase que somente seduzia os oradores do júri, e processava-se ao sabor ou sob a inspiração de cambiantes interesses ocasionais, para cujo triunfo se torcia e retorcia o direito positivo, mal amparado por displicentes despachos de pronúncia e quase reduzido a letra morta pelo soberano arbitrio e lógica de sentimento do tribunal popular*”. In: HUNGRIA, Nélon. *A evolução do direito penal brasileiro*. *Revista Forense*, 7 (1943), p. 13.

(8) BENEDEUCE, Pasquale. *Il corpo eloquente: identificazione del giurista nell’Italia liberale*. Bologna: Il Mulino, 1996.

(9) PETIT, Carlos. *Discurso sobre el discurso*. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Lección inaugural. Curso académico 2000-2001. Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2000.

(10) ADORNO, Sérgio. *Aprendizes do Poder*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.

“giurista scienziato”, come un’ “evoluzione” a cui si era pervenuti principalmente con l’avvento delle correnti scientiste e tecniciste dell’inizio del XX secolo. In altre parole, Hungria rompe con lo spazio in cui la “parola detta” diventa il centro delle attività del giurista, a danno di quella “scritta” che caratterizza il “giurista-scienziato” del tecnicismo. Oltre a ciò, Hungria evidenzia, ancora, la specificità della strategia tecnicista contro il *bacharelismo*: la sua arma non era semplicemente la scienza in senso generico, ma la legge positiva statale.

Tra alti e bassi, il metodo di Nelson Hungria di analizzare i fenomeni penali nella storia ebbe continuità tramite Heleno Frago-so, fra i primi giuristi nel 1967, nell’Università dello Stato di Guanabara, ad inserire la storia del diritto penale come parte della disciplina dogmatica alla quale si dedicava.

La fase attuale della storiografia penale “fatta” dai penalisti può essere meglio compresa grazie alle letture di due giuristi di fama a livello nazionale: René Ariel Dotti e Nilo Batista. Si tratta di Autori che possiedono stili e tradizioni di pensiero differenti e che rappresentano correnti opposte nella costruzione di uno stesso sapere.

L’approccio di Dotti può essere meglio osservato in quattro saggi sulla storia della legislazione penale brasiliana, pubblicati dall’Autore nella sezione “*Antiguidades do Direito Penal*” della *Revista Brasileira de Ciências Criminais* ⁽¹¹⁾, oltre che nella parte del suo manuale ⁽¹²⁾ dedicata alla storia del diritto. Nei quattro articoli sopra citati ⁽¹³⁾ si può osservare un certo tentativo di analisi limitato

⁽¹¹⁾ Dotti è il responsabile per la sezione dal 1993, come si legge nell’Apresentação di questo stesso numero della rivista: “Duas seções novas foram criadas. Uma, já neste número, sob a responsabilidade do Prof. René Ariel Dotti que cuidará das ‘Antiguidades de Direito Criminal’ com o escopo de resgatar casos e temas de outrora”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1 (1993), p. 4.

⁽¹²⁾ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 201-293.

⁽¹³⁾ Gli articoli sono i seguenti: DOTTI, René Ariel. História da Legislação Penal Brasileira (II). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 13 (1996), p. 301-317; DOTTI, René Ariel. História da Legislação Penal Brasileira (períodos republicanos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 12 (1995), p. 222-233; DOTTI, René Ariel. Um pouco de história luso-brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 10 (1995), p. 176-187; DOTTI, René Ariel. Sobre a condenação de Tiradentes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1 (1993), p. 131-135. Além destes, na mesma seção da revista Dotti publicou os seguintes ensaios: DOTTI, René Ariel. Textos antigos; crise permanente. *Revista*

alla storia della legislazione, nel quale l'Autore si serve principalmente di formule e metodi della tradizione del positivismo giuridico, senza problematizzare questioni culturali o sociali che coinvolgono il fenomeno giuridico. Le pagine del manuale di Dotti, ricche di informazioni e dati, seguono lo stesso schema di analisi dei suoi saggi, non distanziandosi da una storiografia delle norme giuridiche.

Piuttosto vicina alla prospettiva di René Dotti è quella offerta da José Henrique Pierangeli e che può essere letta nello studio introduttivo (*“Escorço histórico do Direito Penal brasileiro”*) alla raccolta di legislazione pubblicata dall'Autore col titolo *“Códigos Penais do Brasil”* (14). Nel suo manuale (15), al contrario, probabilmente a causa della scrittura a quattro mani col giurista argentino Raúl Zaffaroni, l'opzione per lo studio del fenomeno penale a partire dal pensiero dei suoi principali maestri fa sì che l'opera si allontani da una mera storia della legislazione per avvicinarsi a una storia del pensiero giuridico-penale. Nonostante ciò, tuttavia, l'opera da ultimo citata si distanzia considerevolmente da quel genere di approccio che privilegia un'analisi storica di origine culturale o sociale, mantenendosi come un inventario erudito di idee sul fenomeno penale.

Brasileira de Ciências Criminais, 21 (1998), p. 207-230; DOTTI, René Ariel. O crime do Sacopã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 18 (1997), p. 171-183; DOTTI, René Ariel. Antigüidades de Direito Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 17 (1997), p. 310-327; DOTTI, René Ariel. O processo Aída Cury (2.ª Parte) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 15 (1996), p. 360-376; DOTTI, René Ariel. O processo Aída Cury (1.ª Parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 14 (1996), p. 374-386; DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 11 (1995), p. 184-207; DOTTI, René Ariel. A perturbação dos sentidos e da inteligência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 9 (1995), p. 180-185; DOTTI, René Ariel. O caso dos irmãos Naves. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 8 (1994), p. 189-197; DOTTI, René Ariel. Voltaire, o Advogado de Calas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 7 (1994), p. 160-166; DOTTI, René Ariel. O quitandeiro do Ministro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 6 (1994), p. 186-197; DOTTI, René Ariel. O caso Sacco e Vanzetti. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 5 (1994), p. 148-159; DOTTI, René Ariel. O caso Pontes Visgueiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2 (1993), p. 139-150. Ainda na bibliografia de Dotti deve ser citada a obra DOTTI, René Ariel. *Casos Criminais Célebres*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

(14) PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Evolução histórica. 2.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39-93.

(15) ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. 9.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

L'elemento di rottura tra la storia del diritto penale elaborata dai penalisti e la fase che si aprirà a cavallo dei decenni 1980-1990, durante i quali la storia del diritto penale diviene oggetto di dialogo con la criminologia, in particolare della criminologia critica, va rinvenuto negli scritti di Nilo Batista. L'Autore, giurista di formazione e probabilmente l'ultimo rappresentante della tradizione dei penalisti dotti che discende da Nelson Hungria e Heleno Fragoso, subisce, contrariamente ai suoi predecessori, una chiara influenza da parte del materialismo storico marxista e, principalmente, della lettura foucaultiana, rinvenibili soprattutto nel dialogo col pensiero criminologico di Alessandro Baratta. La ricerca sui processi penali contro gli schiavi di colore della regione cafeeicola di Vassouras, nell'allora provincia di Minas Gerais, tra il 1835 e il 1886, ossia tra l'anno di emanazione della legge che comminava irrevocabilmente la pena di morte per qualsiasi atto di ribellione o conflitto disciplinare e l'anno in cui entrava in vigore la legge che aboliva la pena della flagellazione, elaborata da Nilo negli anni '90 e che ebbe la sua migliore espressione nel saggio "*Pena pública e escravismo*"⁽¹⁶⁾, segna la storiografia penalistica brasiliana per essere stato uno dei primi lavori elaborati dai penalisti a presentare la latente preoccupazione per la lettura della storia sociale.

La sensibilità dell'autore nei riguardi di un approccio sociale del fenomeno penale può ben essere constatata nella parte del saggio in cui lo stesso commenta l'"*Aviso de 11 de novembro de 1835*", sulla "qualità del castigo" da imporre allo schiavo da sanzionare: "In mancanza di regole giuridiche esplicite in materia, in mancanza del Codice Nero, a che serve il secondo limite, che 'la qualità (del castigo) non sia contraria alle leggi vigenti'? Il silenzio ossequioso del discorso penalistico di fronte alla giustificazione del castigo moderato effettuato dal signore, questione mille volte più importante in quella congiuntura rispetto al castigo familiare e pedagogico, è la prova definitiva del successo che il potere punitivo privato schiavista ha raggiunto nel resistere alla regolamentazione"⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ BATISTA, Nilo. *Pena pública e escravismo*. *Arquivos do Ministério da Justiça*, 190 (2006), p. 290 ss.

⁽¹⁷⁾ "*Na falta de regras jurídicas explícitas sobre a matéria, na falta de Código Negro, para que serve o segundo limite, que 'a qualidade (do castigo) não seja contrária às leis em vigor'? O silêncio obsequioso do discurso penalístico diante da justificativa do*

Ma è nell'introduzione dell'opera "*Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*" (18), che Nilo Batista manifesta in modo evidente la propria scelta di allontanarsi da una storiografia giuridica che si fonda sulla descrizione della successione delle leggi penali nel tempo. Nelle parole dell'autore, si trattava di una scelta che era maturata nel tempo, che l'aveva portato alla "[...] convinzione che non ero più interessato a scrivere una storia dei legislatori, magistrati e boia — anche se loro dovessero partecipare intensamente dei cicli (già non mi soddisfacevano cinquant'anni del secolo XIX a Rio de Janeiro) che pretendevano esaminare" (19). In questo modo, Batista dimostrava di prendere le distanze dalla storiografia giuridica sino ad allora dominante, basata soprattutto nell' "[...] esporre un elenco di leggi penali antiche, analizzandole etnocentricamente, nel prisma delle categorie della tecnica giuridica contemporanea" (20). Si tratta chiaramente di abbandonare "[...] la ricetta generale delle rassegne storiche del diritto penale, ben rappresentata dallo schema di tre livelli preconizzati da Coing [...]" (21). La critica di Batista, in questo senso, sembra applicabile all'approccio adottato da René Ariel Dotti.

L'antidoto voluto da Nilo Batista contro il "feticismo" del testo legale è il riferimento alla "realtà" del sistema penale, alle sue valenze

castigo senhorial moderado, questão mil vezes mais importante naquela conjuntura do que o castigo familiar e o pedagógico, é a prova definitiva do sucesso que o poder punitivo privado escravista alcançou em resistir a ver-se regulamentado". In: BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. Op. cit., p. 296.

(18) BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 16 ss. Nella stessa direzione il testo *História da Programação Criminalizante no Brasil* contenuto nel volume ZAFFARONI, E. Raúl et BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 411 a 488.

(19) "*Apenas tinha certeza de que não me interessava mais escrever uma história dos legisladores, magistrados e verdugos — ainda que eles devessem participar intensamente dos ciclos (já não me contentavam cinquenta anos de século XIX no Rio de Janeiro) que pretendia examinar*". In: BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 16.

(20) "[...] *expor uma seriação de leis penais antigas, analisando-as, etnocentricamente, pelo prisma de categorias da técnica jurídica contemporânea*". In: BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 16.

(21) "[...] *a receita geral das resenhas históricas de direito penal, bem representado pelo esquema de três níveis preconizados por Coing [...]*". In: BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 16.

differenziali secondo i soggetti concretamente criminalizzati. Il risultato di quest'antidoto sarebbe una storia sociale dei sistemi penali che dialoga con gli assunti della c.d. "storia nuova", cioè contro le ingenuità nell'analisi delle fonti documentali (22), che nel caso di Batista, parte da una precipua sensibilità criminologico-critica: "Nella confluenza quindi di apporti della Criminologia critica e dall'attrazione metodologica della Storia Nuova, questo lavoro — con tutte le deficienze che derivano dal fatto di non aver come autore un criminologo o uno storico, ma un giurista — deve iniziarsi da una dichiarazione aperta nel senso di urgente rottura con gli standards della storiografia giuridica tradizionale. Al vertice di questa rottura c'è la sottomissione al testo legale come fonte centrale quando non unica, di quella storiografia, sottomissione capace di escludere dalla storia il diritto delle società senza scrittura e di mutilare la narrazione dei multipli genocidi contro popoli o gruppi sociali più umili. Il 'fetichismo del testo' [...] raggiunge probabilmente la sua intensità massima quando si è in presenza di un testo legale, per gli attributi politici (fino a poco tempo fa, anche magici) che abilitano le leggi criminali a intervenire così drasticamente su esistenze umane e processi sociali. La sottomissione al feticcio della legge penale ha come risultato, per utilizzare le belle parole di Lucien Febvre nella sua prolusione d'ingresso al Collège de France, un 'lavoro sedentario, di segreteria e di carta; lavoro di finestre chiuse e di tende serrate' (23).

(22) Sembra che il primo giurista brasiliano a citare autori della "escola nova" sia stato Roberto Lyra, il quale tuttavia non è andato oltre ai limiti della sola citazione, non riuscendo mai effettivamente a dialogare con le idee di questa scuola.

(23) "Na confluência, portanto, de aportes da Criminologia crítica e da atração metodológica da História Nova, este trabalho — com todas as deficiências que provêm de não ter como autor um criminólogo ou um historiador, senão um jurista — tem que principiar por uma declaração aberta no sentido de urgente ruptura com os padrões da historiografia jurídica tradicional. Na ponta desta ruptura está a submissão ao texto legal como fonte central, quando não única, daquela historiografia, submissão capaz de excluir da história o direito de sociedades sem escrita e de mutilar a narrativa dos múltiplos genocídios contra povos ou grupos sociais iletrados. O 'fetichismo do texto' [...] alcança provavelmente intensidade máxima quando se trata de um texto legal, pelos atributos políticos (não há muito tempo, também mágicos) que capacitam as leis criminais a intervir tão drasticamente sobre existências humanas e processos sociais. A subserviência ao fetiche da lei penal tem como resultado, para usar as belas palavras de Lucien Febvre em sua conferência de ingresso

3. *La storia del diritto penale nelle scienze sociali.*

In via generale, nell'approcciarsi alle tematiche oggetto del presente studio, la grande maggioranza degli storici brasiliani dimostra interesse per la storia degli strumenti di controllo sociale in generale, mentre solo in piccola parte tale interesse è diretto alla storia della giustizia penale in senso stretto.

A causa del fatto che i corpi di polizia sono “lontani” dal cuore del lavoro dogmatico dei giuspenalisti parimenti dogmatici, l'approccio storico a questa istituzione ha interessato ben poco l'accademia brasiliana. Per questa ragione dev'essere sottolineato il carattere pionieristico del lavoro di Marcos Bretas Fonseca, grazie al quale questo campo di analisi è fiorito fra gli storici, tanto che, attualmente, esiste in Brasile un considerevole numero di storici in rete tra loro e in dialogo sistematico grazie a convegni e seminari sul tema “polizia”.

Tante volte l'oggetto principale degli studi in materia si basa sulla storia degli usi comuni delle classi popolari, ma vale la pena soffermarsi in questo ambito di ricerca in relazione all'esistenza — non più marginale — di una serie di lavori, primi tra tutti quelli di Bretas, che affrontano le prassi di funzionamento della giustizia criminale e della polizia ⁽²⁴⁾. In alcuni casi si tratta di lavori di

no Collège de France, um 'trabalho sedentário, de secretária e de papel; trabalho de janelas fechadas e de cortinas corridas'. In: BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 17.

⁽²⁴⁾ BRETAS, Marcos Luiz. *Ordem na Cidade*. O exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro: 1907-1930. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1997; BRETAS, Marcos Luiz. *La Policía de la Capital del Imperio Brasileiro*. In: GALEANO, Diego et KAMINSKY, Gregorio (Org.). *Mirada (de) Uniforme*. Historia y crítica de la razón policial. *Mirada (de) Uniforme*. 1ed. Buenos Aires: Teseo, 2011, p. 87 ss.; BRETAS, Marcos Luiz. *Formação da Polícia Moderna*. In: RODRIGUES, André, SENTO-SÉ, João Trajano et MARTINS, Marco Aurélio (Org.). *Direitos Humanos e Segurança Pública: algumas premissas e abordagens*. Rio de Janeiro: ISER, 2011, p. 85 ss.; BRETAS, Marcos Luiz. *As Empadas do Confeiteiro Imaginário. A pesquisa nos arquivos da justiça criminal e a história da violência no Rio de Janeiro*. Acervo (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, 15 (2002), p. 7 ss.; BRETAS, Marcos Luiz. *A Polícia Carioca no Império*. *Revista de Estudos Históricos*, 12 (1998), p. 219 ss.; BRETAS, Marcos Luiz. *The sovereign's vigilant eye? Daily policing and women in Rio de Janeiro, 1907-1930*. *Crime History Societies*, 2 (1998), p. 55 ss.; BRETAS, Marcos Luiz. *Police And Prosecution in Rio de Janeiro*. *IAHCCJ Bulletin*, 18 (1993), p. 143 ss.

respiro circoscritto a livello locale, che si inseriscono nei dibattiti riguardanti la storia regionale, che si distinguono tuttavia per un lavoro sistematico d'archivio su materiali fino ad ora inesplorati. Sotto tale profilo va evidenziato che non sussiste, in tali lavori, una grande attenzione per la storia del pensiero giuridico, ma ciò non è preclusivo di possibili sinergie; ciò in primo luogo perché essi portano con sé dei preziosi contributi per l'individuazione delle caratteristiche delle situazioni concrete che il pensiero giuridico aveva dinnanzi a sé. L'analisi dei casi specifici — elemento che distingue questo tipo di ricerche in relazione alla documentazione utilizzata — è ricca di suggerimenti storiografici che si riveleranno certamente utili per future indagini riguardanti istituti giuridici che hanno contrassegnato la storia del diritto penale brasiliano.

Nello stesso ambito di ricerca va ancora segnalato il fiorire degli studi sulla storia delle carceri. In questo caso l'influsso foucaultiano è assai evidente, malgrado esistano già contributi che ampliano l'orizzonte della ricerca verso una storia del quotidiano carcerario e dei rapporti fra il carcere e il mondo esterno ⁽²⁵⁾. In entrambi i casi, i più importanti ambiti di dialogo fra la storia e il diritto si incontrano nella criminologia. La riprova di ciò si può rinvenire in alcuni dei temi che emergono da tali ricerche, quale quello della relativa autonomia dell'azione della polizia rispetto alla legalità ordinaria o quello del crimine non come un fatto a sé stante, ma come il risultato di processi di criminalizzazione i cui protagonisti sono gli stessi agenti di controllo sociale, ecc.

Per questo motivo, tra gli storici, i politologi, i sociologi e i criminologi in genere l'attenzione alla storia del pensiero giuridico in senso stretto è un sottoprodotto dell'interesse primario per la storia della giustizia penale e del controllo sociale. L'accostamento alla storia del diritto penale in quanto storia del pensiero giuridico deriva dal fatto che tutto questo filone tenta di differenziarsi dagli Autori che semplicemente "utilizzano" fonti giuridiche, soprattutto atti processuali, tramite l'enfasi sul modo in cui funzionano le istituzioni di criminalizzazione.

⁽²⁵⁾ Cf., per tutti, il testo di BRETAS, Marcos Luiz; MAIA, Clarisse N.; SÁ NETO, Flávio et COSTA, Marcos (Org.s). *História das Prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, in due volumi.

Il fenomeno, constatato tra gli storici e anche tra i ricercatori di altri settori delle scienze sociali, in quest'ambito, tuttavia, subisce un'influenza ancora più accentuata degli scritti di Michel Foucault. I lavori di Andrei Koerner nell'ambito della scienza politica, quali, tra gli altri, *"Punição, Disciplina e Pensamento Penal no Brasil do século XIX"* (26), sono emblematici di questo dialogo con Foucault.

Il saggio di Andrei Koerner in un certo qual modo fa entrare in tensione la ricostruzione foucaultiana del sistema penale moderno confrontandolo con la situazione particolare del Brasile dell'Ottocento, nel quale istituzioni liberali e moderne convivevano con il fenomeno dello schiavismo. L'enfasi sullo schiavismo come limite insuperabile per la realizzazione della modernità penale nel Brasile dell'Ottocento è un aspetto che inserisce il lavoro di Koerner nel grande filone degli studi sulle specificità del liberalismo brasiliano. E il profilo penale spesso viene invocato in questi studi (27) in ragione della sua grande visibilità in virtù di alcuni istituti del *"Código Criminal"* del 1830.

Il lavoro di Koerner non si origina da una grande mappatura documentale, ma propone domande teoriche di rilievo partendo dalla strumentazione foucaultiana. Il primo caso analizzato dall'Autore riguarda la *Casa de Correção* di Rio de Janeiro. Siamo in presenza del primo carcere brasiliano con pretese panoptiche, il cui

(26) KOERNER, Andrei. *Punição, Disciplina e Pensamento Penal no Brasil do século XIX*, *Lua Nova*, 68 (2060), p. 205 ss. Altri scritti di Andrei Koerner nell'ambito della storiografia giuridica brasiliana sono KOERNER, Andrei. Foucault: Ontologia do Presente, Política e Direito. *Escritos*, Revista do Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 1 (1994), p. 108 ss.; KOERNER, Andrei. O habeas-corpus na prática judicial brasileira (1841-1920). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 24 (1998), p. 269 ss.; KOERNER, Andrei. O direito numa sociedade periférica: Algumas observações sobre a formação da tradição jurídica brasileira. *CADERNOS da Pós-Graduação em Direito da UFPA*, 10 (1999), p. 129 ss.; KOERNER, Andrei. Decisão judicial, instituições e estrutura socioeconômica: por uma análise política do pensamento jurídico brasileiro. In: KOERNER, Andrei (Org.) *História da Justiça Penal no Brasil-Pesquisas e Análises*. São Paulo: Ed. IBCCRim, 2006; KOERNER, Andrei. Direito e Modernização Periférica-Por uma análise sócio-política do pensamento jurídico constitucional brasileiro pós-1988. In: ARAUJO, Cícero et AMADEO, Javier (orgs.). *Teoria Política Latino-Americana*. São Paulo: Hucitec, 2009, pp. 337 ss.

(27) Cf. per tutti NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e Submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

completo fallimento nell'attuazione del modello di sorveglianza idealizzato da Bentham era tuttavia assai evidente. Un fallimento però che non è letto da Koerner come una semplice distanza fra teoria e pratica. L'insuccesso nel realizzare un sistema di sorveglianza "virtuale" — sorvegliare senza essere visti — ebbe come conseguenza la rivitalizzazione dei vecchi sistemi di coercizione basati sull'ostentazione della violenza da parte degli agenti di controllo. Secondo Koerner, tale fenomeno, se è vero che trova la sua causa prossima nell'insuccesso della realizzazione dell'architettura panoptica, trova altresì origine profonda nella disciplina schiavistica della società brasiliana, nella quale l'ostentazione della violenza era una caratteristica centrale; Koerner evidenzia pertanto l'estrema coerenza tra i "fallimenti" della panoptica della *Casa de Correção* e la società intorno alla quale era stata tentata la creazione di un carcere di ispirazione benthamiana.

La disciplina schiavistica quindi non si inquadrava perfettamente nelle due grandi categorie elaborate da Foucault, il supplizio e la disciplina normalizzatrice; essa sarebbe una specie di combinazione di elementi dell'una e dell'altra, l'ostentazione della violenza — sul versante dei supplizi — e le tecniche per indurre il lavoro produttivo degli schiavi — sul versante della disciplina normalizzatrice.

Nell'ambito giuridico-penale, Koerner sottolinea come l'umanitarismo penale nel Brasile ottocentesco era influenzato dalla dicotomia tra schiavo e padrone, al punto da instaurare dei regimi di punizione chiaramente differenziati, con, da un lato, l'esemplarità economica della pena e la correzione morale, e dall'altro la brutale intimidazione e l'annientamento fisico, tanto da far dire al nostro Autore che "la preoccupazione 'umanitaria' dei giuristi era centrata soltanto sugli uomini liberi" (28). Partendo dalla ricostruzione di Koerner non è difficile leggere la presenza della schiavitù nel sistema penale brasiliano del XIX secolo nei termini del doppio livello di legalità pensato da Mario Sbriccoli, ma su questo tema torneremo nel prosieguo. Sul tema dell'"umanitarismo" penale brasiliano dell'Ottocento, l'approccio dei giuristi brasiliani meriterebbe una verifica più accurata, anche se con riguardo ad un periodo più tardo

(28) KOERNER, Andrei. Punição, Disciplina e Pensamento Penal no Brasil do século XIX, *Lua Nova*, 68 (2060), p. 224.

(dopo gli anni sessanta dell'Ottocento), allo scopo di identificare se e come alcuni temi della “civilizzazione penale” — come l'abolizione della pena di morte —, si siano incrociati con i temi dell'abolizione della schiavitù. Alcuni indizi preziosi in questo senso emergono nell'opera dello storico João Luiz Ribeiro, che esamineremo più avanti (29).

Per quanto riguarda la criminologia critica, saranno gli insegnamenti di Alessandro Baratta, già presenti nell'opera di Nilo Batista, a caratterizzare la dialettica di quest'ultima scienza con la storia del diritto penale, grazie agli scritti di Vera Malagutti Batista e di Vera Regina Pereira de Andrade, e, in maniera molto più peculiare, nelle pagine di Ana Lúcia Sabadell, ex-allieva di Baratta, la cui analisi traccia la linea di confine tra il lavoro dei criminologi e quello degli storici del diritto.

Gli studi di Vera Regina Pereira de Andrade, esposti nell'opera “*A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*” (30), si fondano su di un dialogo privilegiato con la storiografia della pena e la storia del diritto penale, basandosi su presupposti originati dalla criminologia sviluppata sulla base del paradigma del controllo o reazione sociale. In quest'ambito in particolare, la base di partenza è la c.d. criminologia critica — alla quale l'autrice principalmente si ispira — in virtù di una forte influenza dell'opera di Alessandro Baratta.

Nel saggio intitolato “*A construção da Dogmática Penal entre o final do século XIX e o início do século XX*” (31), Andrade dimostra

(29) Il testo datato del giurista Evaristo de Moraes sulla campagna abolizionista contiene alcuni elementi di rilievo al riguardo, quali alcune tesi giuridiche sorte nell'ambito penale a partire del movimento per l'abolizione della schiavitù. Vedi a tale proposito MORAES, Evaristo de. *A campanha abolicionista (1879-1888)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1924.

(30) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

(31) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A construção da Dogmática Penal entre o final do século XIX e o início do século XX*. In: DAL RI JR., Arno et SONTAG, Ricardo (Org.). *História do Direito Penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 410. Vide, ainda, a obra ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

come la storia del diritto ha una grande importanza per gli studi criminologici, affermando al contempo che il criminologo non occupa la funzione dello storico. Gli scritti dell'autrice fanno ricorso alle costruzioni della dogmatica come "modello" di scienza dei giuristi, senza che con ciò si voglia fare una "storia di" partendo da una metodologia propria ⁽³²⁾.

Presentata per la prima volta nell'ambito della tesi predisposta dall'autrice per il conseguimento del titolo di dottore di ricerca, l'analisi parte soprattutto dall'osservazione della lunga convivenza storica fra un eccesso di insegnamento e pratica del diritto basati sulla dogmatica giuridica e un'evidente carenza di indagine sulla natura e sui limiti della stessa, in un intreccio di approcci ora demonizzatori, ora glorificatori della medesima. Ciò sarebbe accaduto, secondo la Andrade, perché "[...] la dogmatica giuridica, essendo un paradigma secolare della scienza del diritto e, in questa condizione, secolarmente riprodotta come base teorica e ideologica dell'insegnamento e della pratica giuridica, formando, successivamente, generazioni di giuristi e fondando generazioni di decisioni legislative (produzione delle norme) e giudiziali (produzione di

(32) *"A Dogmática, não obstante seu instrumental conceitual (código tecnológico) abstrato e forte potencial universalista (pela ruptura epistemológica e metodológica que propõe com o mundo do 'ser'), é um conceito e um paradigma histórico; ou seja, que mantém uma conexão significativa e funcional com a realidade social, tanto em sua gênese, quanto em seus posteriores desenvolvimentos. E o mantém de tal modo que a realidade social que a Dogmática pretendeu expulsar pela sua porta dos fundos é a mesma que teimosa e necessariamente reingressa pela sua porta da frente, historicizando-a. Desta forma, a Dogmática Penal, apesar de ter sua gestação imediata no Iluminismo e no classicismo, apesar de receber (e redefinir), pela força da tradição jurídica privatista, elementos gestados em tradições jurídicas de um passado mais remoto ainda (como as heranças prática romana, a herança exegetica medieval e a herança sistemática moderna), não sendo lícito ignorá-las, bem como o grau de racionalização do conhecimento jurídico pelo paradigma acumulado, trata-se de um produto do final do século XIX europeu. Não pode ser vista, portanto, como o produto de uma evolução linear e progressiva de conceitos e métodos através da história do pensamento, nem pode ser explicada pelos seus elementos gnoseológicos internos, ou pela genialidade, esforço intelectual ou protagonismo de alguns homens, ainda que tenham se tornado célebres ou notáveis não por 'inventarem', mas precisamente por traduzirem, cognitivamente, as exigências e os termos em que um saber se expressa"*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção da Dogmática Penal entre o final do século XIX e o início do século XX. In: DAL RI JR., Arno et SONTAG, Ricardo (Org.). *História do Direito Penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 410.

sentenze, citazioni, denunce) convive, paradossalmente, con un profondo deficit di teorizzazioni su *quale sia* la propria origine, su chi sia (identità) e su come essa funziona” (33).

Fra le opere pubblicate dagli storici sulla storia del diritto penale in Brasile di rilievo è il volume dello storico João Luiz Ribeiro (34) sulla legge del 10 luglio 1835, che ha portato nuovi e significativi contributi in materia. La ricerca si inserisce soprattutto nell’ambito degli studi sulla schiavitù nel Brasile dell’Ottocento. Come si può desumere dalla lettura di questo testo, l’interesse per i rapporti fra diritto e schiavitù che si è visto crescere fra gli storici e nel diritto penale assume un ruolo da protagonista. Quali sono le ragioni di tale fenomeno? In primo luogo, gli schiavi neri erano, per così dire, “clienti” privilegiati del sistema penale ufficiale, e, per questa ragione, i documenti provenienti dagli agenti di controllo sociale sono ricchi di informazioni circa la storia della schiavitù. In secondo luogo, la schiavitù è uno dei tratti originari del diritto penale del Brasile indipendente. Da quando furono pubblicati gli studi, ormai non più recenti, di Zahidé Machado Neto sul “*Código Criminal*” del 1830, la schiavitù viene sempre ricordata come una strana presenza nella ricezione del liberalismo penale in Brasile, come un’istituto “fuori posto” o, comunque, un elemento se non proprio alieno, perlomeno, per usare un eufemismo, “originale”. Per usare un termine tipicamente sbriccoliano, siamo in presenza di un doppio livello di legalità inserito nell’ambito del codice stesso (basti pensare alla pena della fustigazione o alla pena di morte in caso di crimine di insurrezione di schiavi) e, al di fuori di esso, in alcune

(33) “[...] a Dogmática Jurídica, sendo um paradigma secular de Ciência do Direito e, nessa condição, secularmente reproduzida como base teórica e ideológica da educação e da prática jurídica, formando, sucessivamente, gerações de juristas e embasando gerações de decisões legislativas (produção de normas) e judiciais (produção de sentenças, acordãos, petições, denúncias) convive, paradoxalmente, com um profundo déficit de teorizações sobre qual é a sua origem, o que é (identidade) e como funciona”. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção da Dogmática Penal entre o final do século XIX e o início do século XX. In: DAL RI JR., Arno et SONTAG, Ricardo (Org.). História do Direito Penal entre medievo e modernidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 409.

(34) RIBEIRO, João Luiz de A. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão* — A lei de 10 de junho de 1835 — Os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822/1889). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 630 p.

leggi speciali. La principale fra queste è la legge analizzata da Ribeiro sopra citata, che prevedeva, *inter alia*, la pena di morte per il reato di omicidio o di lesioni corporali gravi commesse da schiavi contro la persona del loro padrone o di alcuni soggetti allo stesso collegati (il sorvegliante o alcuni familiari). La ricerca di Ribeiro quindi si inserisce nell'ambito di quegli studi storici attenti ai meccanismi dell'ordinamento giuridico e della giustizia criminale. Comunque, l'esperienza della pena di morte come componente della vita di molti schiavi, come parte, cioè, della storia della schiavitù in sé, è ancora molto presente nel lavoro di Ribeiro. Si giustificano in questo senso l'ampiezza e la densità di dettagli che caratterizzano quest'opera: viene infatti dato conto di tutti gli elementi fattuali rinvenuti nella documentazione che fossero utili a delineare questo quadro dell'esperienza della pena di morte. L'attenzione per i dettagli non è sotto tale profilo fine a sé stessa, ma è funzionale ad evidenziare l'importanza che essi hanno, nell'ambito del processo, sulla stessa vita (o morte) dell'individuo.

Per questa ragione lo storico del diritto Arno Wehling, del quale Ribeiro è stato allievo, ha affermato nella prefazione al volume che si tratta di un lavoro sul "significato sociale della norma giuridica". E fra gli attori sociali diffusamente esaminati nel corso del volume troviamo proprio gli operatori giuridici coinvolti nell'applicazione della legge: giudici, pubblici ministeri, avvocati, membri del "*conselho de Estado*", ecc. Nei frammenti del discorso di questi attori si è constatato che la legge spesso era considerata una "*horrenda exceptione*", determinata dalla natura eccezionale della stessa schiavitù: questo rapporto con la schiavitù costituisce in verità una delle specificità del doppio livello di legalità che si formò nelle origini del diritto penale moderno brasiliano ⁽³⁵⁾. Nonostante Ribeiro non abbia pensato la sua opera in questi termini, la sua opera contiene in grande copia elementi utili ad avallare una lettura siffatta.

All'apice della piramide degli attori coinvolti nella applicazione

⁽³⁵⁾ Massimo Meccarelli, sviluppando il concetto di doppio livello di legalità attraverso una sistematica attenzione ai concetti e al funzionamento dell'eccezione nei diversi contesti storici, afferma che lo sdoppiamento della legalità penale (e quindi il "tradimento dei principi") è un tratto caratteristico dei sistemi penali moderni. Il caso brasiliano sembra essere una ulteriore conferma di questa tesi.

della legge del 10 giugno troviamo lo stesso Imperatore Pedro II. La legge aveva praticamente abolito i mezzi di impugnazione per i casi di omicidio e lesioni corporali gravi dalla stessa previsti, fatto salvo l'eccezionale ricorso di grazia all'Imperatore. Fino agli anni sessanta dell'Ottocento questi casi raramente giungevano all'Imperatore, visto che decreti come quello dell'11 aprile 1829 escludevano la concessione della grazia, divenuta ammissibile soltanto in modo parziale in virtù di un decreto del 1837 (la richiesta di grazia era possibile soltanto se il crimine non fosse stato commesso contro la persona del padrone). Soltanto negli anni cinquanta dell'Ottocento questa normativa fu modificata in virtù di due decreti del 1853 e del 1854, che prescrivevano che tutti i casi di pena di morte dovessero essere obbligatoriamente rimessi all'attenzione dell'Imperatore. Pedro II, diventato famoso per la sua esplicita contrarietà alla pena di morte, riuscì alla fine a sostanzialmente abolirla tramite un uso sistematico della grazia. Il volume riporta le singole azioni dell'Imperatore con riguardo alla pena di morte, evidenziando come l'ultima esecuzione di un uomo libero non sia stata quella di Motta Coqueiro, e come questa abolizione in rapporto agli schiavi era molto più complessa: se tanti schiavi scelsero deliberatamente la morte ripudiando così la loro condizione servile, ancora più ragionevole diventava l'opzione di uccidere il padrone dopo che era divenuta di pubblico dominio la prassi quasi sistematica di commutare la pena di morte in pena di lavori forzati perpetui con la grazia imperiale. A questo punto, la posizione favorevole all'abolizione di questa pena non poteva prescindere dal tema del flagello della schiavitù: l'eccezione della schiavitù non più come legittimazione della pena di morte, ma l'eccezione della pena di morte come delegittimazione della schiavitù. Il lavoro di Ribeiro ci invita a pensare la questione della schiavitù oltre il problema delle idee "fuori posto". Assodato che la schiavitù è chiaramente un elemento caratterizzante del diritto penale brasiliano dell'Ottocento, è tuttavia possibile formulare ulteriori considerazioni: v'è da chiedersi in questo senso se questo elemento non abbia avuto conseguenze anche nell'ambito dell'impegno civile dei giuristi. Specificamente, v'è da chiedersi in quale misura il tema dell'abolizione della schiavitù abbia intersecato tematiche come quella della pena di morte. In quale misura la "civilizzazione" del sistema penale brasiliano fu pensata dai

penalisti brasiliani ottocenteschi in rapporto con il problema della schiavitù? Nel corso dell'opera e nell'affrontare le questioni teoriche, Ribeiro sembra voler fuggire dalla questione delle idee "fuori posto", e ciò nonostante egli affronti il tema dell'impegno civile — l'uso di un termine caro a Mario Sbriccoli è ancora una volta intenzionale — che tuttavia non appare adeguatamente approfondito. Ma questo problema potrebbe costituire argomento per una ben più ampia disamina, che non ci è tuttavia possibile affrontare in questa sede.

I sociologi Marcos Alvarez e Fernando Salla hanno prodotto dei significativi contributi nei quali esaminano il ruolo dei medici e dei giuristi nella criminologia brasiliana fra il 1884 e il 1940. In questi lavori gli Autori cercano di ricostruire i profili della formazione del sapere criminologico brasiliano, nonché la partecipazione di determinati settori delle élites coinvolte nelle politiche di pubblica sicurezza.

Gli studi di Marcos Alvarez sottolineano l'importanza delle idee criminologiche nel dibattito intellettuale brasiliano tra Otto e Novecento, in particolare quelle della scuola positiva italiana. Tra le caratteristiche di questo processo di recezione, Alvarez osserva che i giuristi brasiliani poco si preoccupavano delle diverse tendenze all'interno della criminologia — come quelle della scuola francese e di quella italiana — e che il loro approccio era poco originale, tanto che non a caso molte volte si incontrano testi di natura propagandistica (come il famoso volume di Viveiros de Castro, "*A Nova escola penal*" del 1894). La mancanza di originalità non significa tuttavia che non vi fossero rapporti tra contributi come quello appena citato e il contesto brasiliano. Un esempio sottolineato da Alvarez è la funzione svolta dai testi criminologici di ideare soluzioni di controllo sociale per il nuovo scenario urbano post-abolizione della schiavitù. In questa nuova fase della storia brasiliana, il diritto statale non qualificava più alcuni individui — gli schiavi — come giuridicamente sottomessi, ma aveva urgente necessità di strategie giuridiche per il controllo dei gruppi sociali marginali, primi tra tutti gli stessi ex-schiavi neri ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Vedi a tale proposito il volume ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: Saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

Il saggio su Paulo Egidio ⁽³⁷⁾ cerca di illustrare non solo gli scritti e i corsi sulla sociologia di Durkheim dallo stesso tenuti, ma anche di esporre alcuni aspetti della sua attività politica come senatore nei primi momenti della Repubblica brasiliana, quando ebbe un ruolo importante nel dibattito sulla creazione di una rete di istituzioni di controllo sociale e, in particolare, sulla costruzione di un nuovo carcere per lo Stato di San Paolo.

Un'altra linea di ricerca dei due sociologi riguarda le politiche di pubblica sicurezza e il significato della punizione nello Stato di San Paolo fra il 1822 e il 2000 ⁽³⁸⁾, cercando di individuare in particolare le politiche pubbliche che non si siano limitate all'applicazione di misure repressive, rafforzate dall'aumentare del senso di insicurezza e dalla crescita dei crimini violenti.

Fernando Salla si è dedicato a studi sul processo di modernizzazione delle istituzioni di giustizia criminale nella regione di Bragança Paulista dal 1890 al 1940, ossia nel periodo in cui era vigente il "Código Penal" del 1890 ⁽³⁹⁾. La questione centrale che l'Autore si è posto nella ricerca è quella collegata al fatto che nella Prima Repubblica brasiliana (1889-1930) il programma di modernizzazione propugnato dalle élites era ben lungi dal costituire una proposta

⁽³⁷⁾ SALA, Fernando et ALVAREZ, Marcos César. Um capítulo esquecido na história da Criminologia no Brasil: Paulo Egidio e a Sociologia Criminal em São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 45 (2003), p. 283 ss.

⁽³⁸⁾ Vedi a tale riguardo ALVAREZ, Marcos César, SALLA, Fernando, SOUZA, Luís Antonio Francisco de. Políticas de Segurança Pública em São Paulo: Uma perspectiva histórica. *Justiça & História*, 4 (2004), p. 173 ss.; ALVAREZ, Marcos César. SALLA, Fernando, SOUZA, Luís Antonio Francisco de. A Sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. *Justiça & História*, 3 (2003), p. 97 ss.; ALVAREZ, Marcos César. Punição, sociedade e história: algumas reflexões. *Métis*, 6 (2007), p. 93 ss.

⁽³⁹⁾ Vedi il saggio di MARINHO, Maria Gabriela et SALLA, Fernando. A Medicina e a Lei. O Código Penal de 1890 e o exercício de curar. Práticas médicas e autos criminais em Bragança: assimetrias da modernização. In: MOTA, André & MARINHO, Maria Gabriela S. M. (Org.). *Práticas Médicas e de Saúde nos Municípios Paulistas: A história e suas interfaces*. São Paulo: CD. G. Casa de Soluções e Editora, 2011, p. 133 ss.; sono inoltre dell'autore i saggi SALLA, Fernando. Breves notas para a história do encarceramento em São Paulo: A Penitenciária do Estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 20 (1997), p. 293 ss.; SALLA, Fernando. O Calao dos gatunos: policiais e criminosos no início do século. *Revista Horizontes*, 13 (1995), p. 9 ss.

di universalizzazione dei diritti e dall'idea di incorporare gli strati più poveri della popolazione nei processi di formazione delle istituzioni pubbliche. Tutto ciò sta a dimostrare una certa selettività nei processi di modernizzazione della macchina statale finalizzata alla reiterazione delle condizioni di dominio da parte delle stesse élites che conducevano tali processi.

4. *La storia del diritto penale fatta dagli storici del diritto.*

La storiografia giuridica brasiliana ha avuto un primo consolidamento come disciplina autonoma solo negli anni 90' del secolo scorso, grazie soprattutto al lavoro svolto da Antonio Carlos Wolkmer⁽⁴⁰⁾ presso l'Universidade Federal de Santa Catarina, da José Reinaldo Lima Lopes⁽⁴¹⁾ presso l'Universidade de São Paulo, e da Arno Wehling⁽⁴²⁾ presso l'Universidade Gama Filho, a Rio de Janeiro. Grazie alle loro opere si può ben dire che è iniziato in Brasile il processo di costruzione dell'identità della disciplina che da quel momento in poi diventerà insegnamento d'obbligo nelle facoltà giuridiche brasiliane. Nel corso degli stessi anni '90 si è potuto tuttavia constatare che l'azione compiuta da Wolkmer, da Lima

⁽⁴⁰⁾ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, oggi in sesta edizione (2012); WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, oggi alla settima edizione (2012); WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004; WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. São Paulo: Manole, 2005.

⁽⁴¹⁾ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História-Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, oggi alla quarta edizione (2012); LOPES, José Reinaldo de Lima. *As Palavras e a lei — Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004; LOPES, José Reinaldo de Lima, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo et ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2006, oggi alla seconda edizione (2009); LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos — Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010; LOPES, José Reinaldo de Lima, SLEMIAN, Andrea et GARCIA NETO, Paulo Macedo (Org.s). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

⁽⁴²⁾ WEHLING, Arno. *Pensamento Político e Elaboração Constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1995; WEHLING, Arno et WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial — O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Lopes e da Wehling restava circoscritta ad ambiti ben determinati, mentre gran parte della realtà brasiliana ancora non poteva contare su di una vera e propria storiografia giuridica. Il quadro fornito nel 2006 da Paolo Grossi illustra adeguatamente tale contesto, soprattutto quando il noto storico italiano del diritto afferma che nei suoi viaggi in Brasile negli anni '80 e all'inizio degli anni '90 non ebbe la possibilità di “[...] incontrare storici del diritto, per la semplice circostanza che mancavano nelle Facoltà giuridiche delle Università brasiliane colleghi che si occupassero professionalmente della storia del diritto; la quale era lasciata alla buona volontà e alla passione di qualche cultore del diritto positivo, che poteva anche dedicare un po' del suo tempo a scrivere un 'corso', una sorta di 'manuale' (come è nel caso dell'internazionalista Haroldo Valladão), o poteva riservarvi dello spazio in seno al proprio raffinato programma culturale (come è nel caso di Clóvis do Couto e Silva); restava, però, ben rinserrata all'interno di singole avventure intellettuali senza la traduzione negli ordinamenti istituzionali delle Università” (43).

Ma è stato con la pubblicazione in Brasile degli scritti di Paolo Grossi (44) prima e António Manuel Hespanha (45) poi che è

(43) GROSSI, Paolo. Un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana (a proposito di Laura Beck Varella, *Das Sesmarias à Propriedade Moderna. Um Estudo de História do Direito Brasileiro*). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35 (2006), p. 1037 ss. Vedi inoltre le conclusioni formulate dal giudice costituzionale nel convegno “Storia e Diritto. Esperienze a confronto”, che ha avuto luogo a Firenze nell'ottobre 2012.

(44) GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, con segunda edição revisada e ampliada em 2006. Dell'autore sono ancora stati tradotti al portoghese e pubblicate in Brasile i volumi GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e, GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2010.

(45) HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, con segunda edição revisada em 2009. Dell'autore sono ancora stati tradotti in portoghese e pubblicate in Brasile i volumi; HESPANHA, António Manuel. *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007; HESPANHA, António Manuel. *Hércules confundido*. Sentidos Improváveis e Incertos do Constitucionalismo Oitocentista: o Caso Português. Curitiba: Juruá, 2009; e, HESPANHA, António Manuel. *Imbecilistas*. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. São Paulo: Annablume, 2010. Si deve riconoscere, però, che le edizioni in lingua portoghese delle opere di Hespanha già circolavano in Brasile,

sopraggiunta una nuova e interessante fase della storiografia giuridica in Brasile. La pubblicazione di queste opere ha stimolato la nascita e la crescita di una nuova generazione di storici del diritto, che si distingue per l'impegno rinnovato per il rigore metodologico; i protagonisti di questa rinascita storiografica hanno generato un'espansione senza precedenti nello sviluppo delle ricerche, facendo emergere i presupposti, per il Brasile, di un approccio che tenesse conto dell'influenza delle teorie filosofiche o sociologiche sulla disciplina ⁽⁴⁶⁾; alcuni gruppi di storici del diritto hanno così pian piano potuto consolidare una prospettiva che vede con disagio qualsiasi tentativo di sottomissione della storia del diritto alla filosofia o alla sociologia del diritto.

È in questo contesto che la storiografia giuridica penale fatta da penalisti dotti e da criminologi critici, entrambe sopra accennate, si incontra con le nuove tendenze della storiografia giuridica penale fatta, questa volta sì, da storici del diritto penale veri e propri.

In quest'ambito, trasferendo parte del nucleo dei suoi studi di criminologia nella storia del diritto penale, con la pubblicazione dell'opera "*Tormenta juris permissione*" ⁽⁴⁷⁾, Ana Lúcia Sabadell

alla fine degli anni novanta, principalmente nelle facoltà di storia di San Paolo, di Rio de Janeiro e di Belo Horizonte, ma poco in quelle giuridiche.

⁽⁴⁶⁾ "Ma il tempo non scorre mai invano, e lo storico del diritto, che scrive queste pagine ormai vecchio e ormai al termine della sua vita accademica ufficiale, ha la soddisfazione di constatare un mutamento sostanziale rispetto a quello che, nei tempi passati, mi appariva soprattutto come glaciale indifferenza; soddisfazione raddoppiata dalla ulteriore congiunta constatazione che una delle spinte propulsive del mutamento stava (e sta) in un certo modello di storia del diritto affermato e disegnato da una piccola comunità di studio facendo capo alla Facoltà giuridica fiorentina, modello che aveva attirato l'attenzione di parecchi giovani studiosi brasiliani e che aveva fatto di Firenze un luogo privilegiato per le loro ricerche e la loro formazione". In: GROSSI, Paolo. Un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana (a proposito di Laura Beck Varela, *Das Sesmarias à Propriedade Moderna*. Op. cit, p. 1038. Per avere una visione complessiva della storiografia giuridica latinoamericana, cfr. MECCARELLI, Massimo. La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico. *Forum historiae iuris*, 2009. Disponibile in <http://fbi.rg.mpg.de/debatten/nuovomondo/0908meccarelli.htm>.

⁽⁴⁷⁾ Il volume pubblicato da Ana Lúcia Sabadell che ha avuto maggior importanza in Brasile tratta della tortura legale nei secoli dal XVI al XVIII in Catalogna e Castiglia: SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione*. Tortura e processo na península Ibérica. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, 415 p. In ambito storiografico,

non solo svela una seconda e importante dimensione dei suoi lavori, ma inizia una vera e propria storiografia giuridico-penale in Brasile. Portatrice di una “*anima duplice*”, nella quale la criminologia e la storia del diritto penale non solo convivono, ma si arricchiscono vicendevolmente, Sabadell si è dedicata negli ultimi anni, per ciò che riguarda strettamente l’analisi storica del fenomeno penalistico in Brasile, ad analizzare l’influenza dell’illuminismo giuridico europeo sul processo di codificazione costituzionale che si è realizzato fra il 1823 e il 1824, così come la complessità del pensiero giuridico trattato nei suoi diversi orientamenti. In quest’ambito, l’Autrice ha accuratamente esaminato le materie penalistica e processual-penalistica europee e il processo della loro recezione nei testi costituzionali del 1823-1824 del Brasile imperiale. Di fronte alle difficoltà derivanti dall’assenza di corsi di diritto in Brasile fino al 1827, la ricerca ha tentato di illustrare le correnti di pensiero giuridico che hanno influenzato l’Assemblea Costituente, dedicando particolare attenzione a quelle nelle quali si manifestarono i principali assunti dell’illuminismo giuridico. Per quanto riguarda la storia più recente, l’Autrice si è anche dedicata all’analisi del diritto penale come reazione alla criminalità del sistema tramite lo studio dei reati commessi dalle autorità del governo durante il regime dittatoriale in Brasile (1964-1985) e del trattamento loro riservato da parte della giustizia brasiliana e internazionale.

Nell’ambito della Fondazione Getúlio Vargas di São Paulo, Rafael Mafei ha operato una lettura della storia della scienza del diritto penale tra gli anni ’20 e gli anni ’40 del Novecento utilizzando le categorie “scuola classica” *versus* “scuola positiva”, con una raccolta di fonti fino ad allora pressoché inedita ⁽⁴⁸⁾. Saremmo in

l’Autrice ha pubblicato i seguenti contributi: SABADELL, Ana Lúcia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. *Cadernos de Direito* (UNIMEP), 2 (2003), p. 25-39; SABADELL, Ana Lúcia. Problemas metodológicos na história do controle social: o exemplo da tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 10 (2002), p. 265-288, 2002; SABADELL, Ana Lúcia. Evoluções e rupturas no processo penal. A pesquisa historiográfico-jurídica sobre a tortura. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e Reverso do controle penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 15-35.

⁽⁴⁸⁾ QUEIROZ, Rafael Maffei. *A Modernização do Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Vedi, inoltre dell’autore, il saggio QUEIROZ, Rafael Mafei. Que havia de novo nas novidades do positivismo penal? Uma análise continuista de

presenza, secondo Mafei, di una “modernizzazione” della “alta” cultura penale brasiliana: la sua analisi affronta, ad esempio, i dibattiti intorno alla metodologia giuridica di quegli anni, ma si sofferma anche sulla storia dell’introduzione di istituti giuridici ritenuti “moderni”, come il *sursis* e la libertà condizionale.

In un altro ambito, Mafei sviluppa un progetto di ricerca diretto a esaminare il rapporto fra la dittatura militare brasiliana e le istituzioni giudiziarie tramite l’analisi del ruolo degli avvocati nel tentativo di contenere l’arbitrio giudiziale negli anni più duri del regime (1968-1979). Partendo dai colloqui con un gruppo di avvocati che aveva operato professionalmente durante tale periodo in difesa dei perseguitati politici negli stati di San Paolo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pernambuco e Pará, Mafei tenta di “mappare” le azioni politiche e giuridiche contro il regime militare, svolte da questo stesso gruppo di avvocati. La ricerca tenta inoltre di recuperare una memoria che da molto tempo era sopita, che coinvolge l’uso del diritto, anche se in un ambiente di repressione e di perdita progressiva delle libertà pubbliche e individuali, per la difesa delle libertà politiche.

Mafei ha inoltre da poco pubblicato il volume “*O Direito a Ações Imorais: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal*”⁽⁴⁹⁾. Si tratta di una *editio minor* della tesi da lui elaborata per il conseguimento del titolo di dottore di ricerca, nella quale il nostro Autore esplora le connessioni fra la filosofia politica illuminista di matrice kantiana e quello che lo stesso ha denominato “diritto penale contemporaneo”, nel quale ricomprende le colonne portanti della dogmatica del moderno diritto penale, come il principio di legalità, la differenziazione sostantiva fra gli illeciti penali ed altri illeciti giuridicamente rilevanti, o, ancora, la sistematica del contenuto della disciplina che si esplica nella divisione fra parte generale e parte speciale. Il volume ha come riferi-

Esmeraldino Bandeira. In: SÁ, Alvíno Augusto; TANGERINO, Davi de Paiva Costa et SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.s). *Criminologia no Brasil: História e Aplicações Clínicas e Sociológicas*. Criminologia no Brasil: História e Aplicações Clínicas e Sociológicas. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 101-115.

(49) QUEIROS, Rafael M. *O Direito a Ações Imorais: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal*. Coimbra: Almedina, 2012.

mento la filosofia giuridica e politica, nonché la dogmatica penale di P. J. A. Feuerbach, da molti ritenuto il padre della moderna dogmatica penale e, secondo Mafei, uno fra i pionieri della trasformazione della *chora* giuspenalistica settecentesca, ovvero sia del variegato materiale giuridico del XVIII secolo, in qualcosa in cui si possano riconoscere le caratteristiche del “diritto penale contemporaneo”. La sua tesi di dottorato, discussa nel 2009 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Universidade de São Paulo con relatore il prof. José Reinaldo de Lima Lopes, contiene un lungo testo addizionale nel quale il processo di formazione teorica del diritto penale contemporaneo viene analizzato alla luce delle opere dei penalisti brasiliani del secolo XIX; in tale testo Mafei rileva che, probabilmente a causa dell’allontanamento della matrice illuminista predominante in Brasile dall’*Aufklärung* tedesca propria di P. J. A. Feuerbach, è stato necessario attendere le prime influenze del positivismo giuridico — che ha avuto in Brasile grande diffusione dalla fine del XIX secolo —, perché il “diritto penale contemporaneo” si consolidasse definitivamente nel pensiero giuridico nazionale.

Il lavoro sviluppato da Karine Salgado nell’Universidade Federal de Minas Gerais grazie anche al contributo di un gruppo di studio sulla storia del diritto penale, si è concentrato soprattutto sul periodo coloniale. Siamo in presenza di una ricerca sull’applicazione del diritto portoghese che ha preso come principale riferimento gli Atti di indagine sul fenomeno dell’*Inconfidência Mineira* ⁽⁵⁰⁾. L’*inconfidência*, che, va detto, fu uno dei più simbolici movimenti di liberazione nazionale sorti in Brasile nel periodo coloniale — e della quale si sono ampiamente serviti gli ideologi della dittatura di Getúlio Vargas (1937-1945) e di quella militare (1964-1985) ⁽⁵¹⁾ —

⁽⁵⁰⁾ SALGADO, Karine. O Direito no Brasil Colônia à Luz da Inconfidência Mineira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 98 (2008), p. 476 ss.

⁽⁵¹⁾ Il movimento “*inconfidente*” — di chiara matrice illuminista — per quasi due secoli è stato presentato nell’immaginario collettivo brasiliano come mito fondatore della nazione. Il romanticismo che ha caratterizzato la seconda metà del secolo XIX e dopo la “*história oficial*” elaborata principalmente nel corso dei regimi autoritari che hanno contrassegnato il Brasile del secolo XX, hanno prodotto questo lento processo di “mitizzazione” presentando l’“*inconfidência*” come nucleo costituente e formatore di un sentimento nazionale. Una strategia che si serviva di episodi che evocassero un passato autoctono e dignificante, cercando in questo modo di costruire una tradizione forte-

può contare su alcuni atti processuali che “[...] fanno risaltare non solo il profilo della legislazione vigente, le *Ordenações Filipinas*, ma consentono anche una migliore comprensione del momento storico dello Stato Assolutista” (52). Gli imputati del crimine di lesa-maestà, “[...] tipizzato con grande disonore dalle *Ordenações*, furono nella maggior parte condannati a morte e hanno visto, salvo Tiradentes, le loro pene commutate in esilio per l’intervento della Regina, cosa che rafforza il carattere più intimidatorio che propriamente punitivo

mente nazionalista. In questo processo, il personaggio indicato come principale soggetto attivo del delitto di lesa-maestà, il c.d. “*Tiradentes*”, da reo squartato dalla corona portoghese fu elevato nel *Panthéon* della Patria brasiliana come mitico eroe e martire della indipendenza. In particolare, come spiega Antonio Roberto Fava nel saggio “*Estudo mostra a Inconfidência no imaginário dos românticos*” (*Jornal da Unicamp*, 199 (2002), p. 9 ss.), è stata la seconda fase del romanticismo brasiliano del secolo XIX, dominata da sentimenti socialisti e antimonarchici, ad esaltare il coraggio e l’amore per la Patria del militare di Minas Gerais. Un mito che è servito di appoggio ad una determinata costruzione storiografica e a progetti e posizionamenti politici a partire dagli ultimi decenni dell’ottocento, come afferma Thais Nívia Fonseca nel testo “*A Inconfidência Mineira e Tiradentes vistos pela Imprensa: a vitalização dos mitos (1930-1960)*” (*Revista Brasileira de História*, 44 (2002), p. 439 ss.), presentando Tiradentes come il suo “[...] símbolo, síntese das idéias das quais o movimento seria o precursor, no Brasil. Ele se tornou, talvez, o personagem mais popular da história nacional, adquirindo contornos heróicos e status de mito político. Apesar de muito marcada pela ação dos republicanos e de seus interesses, a construção desse perfil de Tiradentes não se deveu apenas a eles. Da popularidade presumida à transformação em herói e mito político, Tiradentes percorreu um caminho sulcado pela ambiência cultural de seu próprio tempo e pela herança deixada por ela em tempos posteriores. Muitas de suas representações foram, sem dúvida, construídas e manipuladas, mas em torno de um imaginário social específico, que permitiu seu reconhecimento até certo ponto espontâneo. A ação política, por sua vez, promoveu sua consolidação pela utilização induzida, organizada e intensiva”. Mitizzazione di un uomo che, secondo uno fra i più importanti studiosi dell’“*Inconfidência Mineira*”, lo storico inglese Kenneth Maxwell, era un personaggio secondario nel movimento, che “(...) provavelmente nunca esteve plenamente a par dos planos e objetivos mais amplos do movimento”. Vide a riguardo, DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos: A repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 145 ss.; FURTADO, João Pinto. *Uma república entre dois mundos: Inconfidência Mineira, historiografia e temporalidade*. *Revista Brasileira de História*, n. 42 (2001), p. 343 ss.; MAXWELL, Kenneth. *Devassa da Devassa. A Inconfidência Mineira: Brasil e Portugal*. São Paulo: Paz e Terra, 1995..

(52) “[...] fazem ressaltar não só o perfil da legislação vigente, as *Ordenações Filipinas*, mas também permitem uma melhor compreensão do momento histórico do Estado Absolutista”. In: SALGADO, Karine. *O Direito no Brasil Colônia à Luz da Inconfidência Mineira*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 98 (2008), p. 476.

delle *Ordenações*, in virtù della severità e della crudeltà delle pene” (53).

Alla luce delle “*Ordenações Filipinas*”, principale normativa dell’epoca, e di altre fonti residuali del diritto portoghese, l’Autrice ha cercato di illustrare i processi di interpretazione ed applicazione del diritto nell’ambito della struttura politica dello Stato portoghese, e ciò con particolare riguardo al crimine di lesa maestà. L’analisi è realizzata sotto una duplice prospettiva, quella politico-filosofica, che affronta questioni relative all’esercizio del potere nello Stato portoghese e i suoi riflessi nella creazione e nell’applicazione del diritto, e quella diretta all’analisi della legislazione vigente e del caso preso come riferimento, il processo agli *inconfidentes*.

Lo sviluppo degli studi sulla storia del diritto penale coordinati dallo scrivente (54) nell’Università Federale di Santa Catarina è

(53) “*Acusados de crime de lesa majestade, tipificado com toda repúdia pelas Ordenações, foram condenados em sua maioria à morte e tiveram, à exceção de Tinadentes, suas penas comutadas em degredo por intervenção da Rainha, o que reforça o caráter mais intimidatório das Ordenações, em virtude da severidade e da crueldade das penas, que propriamente punitivo*”. In: SALGADO, Karine. O Direito no Brasil Colônia à Luz da Inconfidência Mineira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 98 (2008), p. 476.

(54) Nell’ambito della storia del diritto penale si è pubblicato il contributo: DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos: A repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, 400 p. e i volumi degli atti dei congressi DAL RI JR., Arno et SONTAG, Ricardo (Org.s). *História do Direito Penal entre Medieval e Modernidade*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2011, p. 412; DAL RI JR., Arno, SONTAG, Ricardo, NUNES, Diego et AGUIAR, Márlío (Org.s). *Pensamento Jurídico e Dimensão Internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX — Anais do Congresso*. Florianópolis, 2011 ; DAL RI JR., Arno et NUNES, Diego (Org.s). *Ordenamentos Jurídicos e a Dimensão da Justiça na Experiência Jurídica Moderna e Contemporânea: Diálogo entre História, Direito e Criminologia — Anais do Congresso*. Florianópolis, 2010 ; DAL RI JR., Arno, PAULO, Alexandre Ribas de, CASTRO, Alexander de et SONTAG, Ricardo. *Iluminismo e Direito Penal*. Florianópolis: Boiteux, 2009, 206 p. Si segnalano ancora i saggi DAL RI JR., Arno. Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall’Estado Novo alla dittatura militare brasiliana (1935-1985). In: MECCARELLI, Massimo, PALCHETTI, Paolo et SOTIS, Carlo (Org.). *Le regole dell’eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata: Università di Macerata Press, 2011, p. 347-371; DAL RI JR., Arno. Debates doutrinários sobre o crime contra o Estado no Ancien Régime. In: DAL RI JR., Arno et SONTAG, Ricardo (Org.s). *História do Direito Penal entre Medieval e Modernidade*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2011, p. 195-218; DAL RI JR., Arno et CASTRO, Alexander de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. *Sequência*, 57 (2009), p. 261-284; DAL RI JR., Arno. Resignificações do Crime contra a

avvenuto grazie all'applicazione degli insegnamenti di Mario Sbriccoli e soprattutto delle riflessioni sul “*crimen laesae maiestatis*” nella Modernità e sulla nozione del “doppio livello di legalità”⁽⁵⁵⁾ nel Brasile del XIX e XX secolo⁽⁵⁶⁾.

La ricerca da noi realizzata si è concentrata in una prima fase sull’*iter* storico del “*crimen laesae maiestatis*”, dando un’attenzione particolare a due momenti dell’esperienza penalistica brasiliana,

Autoridade do Estado no Jacobinismo Penal: Estratégias discursivas de Robespierre e de Merlin de Douai. In: FONSECA, Ricardo M. et SEELAENDER, Airton Lisle (Org.). *História do Direito em Perspectiva: Do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119-142; DAL RI JR., Arno. Entre Lesa-Majestade e Lesa-República. A Transfiguração do Crime Político no Iluminismo. *Sequência*, 51 (2006), p. 107-140; DAL RI JR., Arno. Da Europa dos mercados à Europa das prisões. Quando terrorismo, xenofobia e paranóia tentam entrar no direito da União Européia. *Sequência*, 53 (2006), p. 173-195; DAL RI JR., Arno. O Processo de Resignificação do *Crimen Laesae Maiestatis* na Cultura Penal da Idade Média. In: LUPI, João et DAL RI JR., Arno (Org.s). *Humanismo Medieval*. Caminhos e Descaminhos. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 79-100.

⁽⁵⁵⁾ Quest’ultima nozione è stata proposta da Sbriccoli per la prima volta con un certo approfondimento nel saggio *Caratteristiche originali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*. In: VIOLANTE, Luciano (org.). *Storia d’Italia: legge, diritto, giustizia*. Torino: Einaudi, 1998. Il “doppio livello di legalità” cercava di creare uno schema funzionale per spiegare la coesistenza in praticamente tutta la storia dell’Italia unificata di ordinamenti penali paralleli in relazione alla natura dell’infrazione penale o alla condizione sociale dell’accusato. In questo modo si è rilevato come la chiave di comprensione del fenomeno era insita in un elemento basilare del diritto *penale* moderno: il principio di legalità. All’interno della forma “Codice”, sia in quello Sardo-Piemontese del 1859, adottato provvisoriamente come codice unico d’Italia, sia nei Codici Zanardelli e Rocco, gli istituti e i tipi penali funzionavano formalmente in accordo con i presupposti della legalità, come l’anteriorità della legge penale e la stretta legalità. Tuttavia, specialmente per quel che riguarda il dissenso politico, la legalità era resa assai flessibile mediante dispositivi che derogavano alle regole tradizionali, come l’applicazione di misure preventive (domicilio coatto) o la creazione di tipi penali aperti che ampliavano l’ambito di applicazione della norma penale. L’effetto di questi casi di eccezione al sistema codificato è stato quello di consentire la soppressione del dissenso da parte del potere politico del momento.

⁽⁵⁶⁾ Le ricerche a cui ci riferiamo sono nate e si sono sviluppate grazie soprattutto al fecondo interscambio di professori e di studenti universitari realizzato dal 2004 fra il nostro Gruppo di Ricerca e il Centro Studi del Pensiero Giuridico Moderno dell’Università di Firenze e, dal 2009, con l’Istituto di Studi Storici dell’Università di Macerata. Tale interscambio oggi si estende anche al Max-Planck Instut, a Francoforte sul Meno, tramite la occasionale presenza di ricercatori del gruppo di Florianópolis in quella struttura.

ovverosia quello coloniale, analizzato attraverso gli atti del processo all'*Inconfidência Mineira*, movimento di origine illuministica che alla fine del XVIII secolo cercò di provocare un'insurrezione nella provincia di Minas Gerais, e quello dello *Estado Novo* (1937-1945), nel quale i giuristi del dittatore Getulio Vargas instaurarono un doppio livello di legalità per quanto riguarda la criminalità politica⁽⁵⁷⁾.

Per quanto concerne in particolare l'uso che Vargas fece dei crimini politici e del doppio livello di legalità, esso si esplicitò principalmente insieme al processo di riforma che portò all'emazione dei nuovi "Código Penal", "Código de Processo Penal" e della "Lei das Contravenções Penais". Le nuove norme dirette a disciplinare i reati contro la sicurezza dello Stato contenevano una serie di deroghe alle garanzie del sistema codificato — restrizioni alla condizionale, libertà condizionale e luogo di esecuzione della pena, nell'ambito penitenziario —, ed allo stesso modo, riportavano fattispecie penali molto ampie, come la "propaganda sovversiva", nell'ambito dei reati speciali, e la diminuzione del numero dei testimoni, il disequilibrio tra l'accusa e la difesa e la soppressione del doppio

⁽⁵⁷⁾ Sia per il caso del *crimen laesae maiestatis* sia per quello del doppio livello di legalità, Sbriccoli ci fornisce gli schemi essenziali di comprensione: cfr. SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*. Milano: Giuffrè, 1974; SBRICCOLI, Mario. Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 2 (1973); SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto e storia della società: Questioni di metodo e problemi di ricerca*. In: GROSSI, Paolo (a cura di). *Storia Sociale e Dimensione Giuridica*. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Milano: Giuffrè, 1986; SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990). In: VIOLANTE, Luciano (a cura di). *Storia d'Italia: legge, diritto, giustizia*. Torino: Einaudi, 1998; SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: COSTA, Pietro et SCHIAVONE, Aldo et al. *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*. Roma: Laterza, 1990; MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica. *Quaderni Storici*, 131 (2009), p. 493-521; MECCARELLI, Massimo. Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento: una comparazione tra Italia e Francia. In: COLAO, Floriana, LACCHÈ, Luigi et al. (a cura di). *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane: le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*. Macerata: eum, 2012.

grado di giurisdizione nell'ambito processuale (oltre alla creazione del *Tribunal de Segurança Nacional*).

L'uso esplicito del diritto *penale* come forma di repressione di qualsiasi minaccia alle nuove istituzioni a fianco di un sistema penale vigente che preservava la tradizione della codificazione (al contrario del radicalismo autoritario nazista che ha estinto la legalità penale) si incastra perfettamente nello schema teorico elaborato da Mario Sbriccoli, e ciò a dispetto di alcune contraddizioni interne alla dottrina brasiliana, come la famosa evocazione di Francesco Carrara da parte di Néelson Hungria ai fini del mantenimento dell'abrogazione dei reati politici nel sistema codificato⁽⁵⁸⁾. In realtà, grazie al contributo dello stesso Sbriccoli, è possibile mettere a nudo l'uso retorico (o strategico) della citazione di Hungria, visto che la famosa frase di Carrara non era un voltafaccia, ma una protesta.

L'uso dell'eccezione come metodo di superamento del dissenso politico è diventato — così come Sbriccoli dimostrato in Italia — una caratteristica permanente del diritto penale brasiliano: tale uso è infatti migrato dall'*Estado Novo* alla dittatura militare ed è sopravvissuto nell'intervallo democratico della Costituzione del 1946 e nell'attuale momento storico, con il latente pericolo dell'uso della *Lei de Segurança Nacional* per finalità antidemocratiche.

Ricardo Sontag⁽⁵⁹⁾ si è dedicato alle questioni relative al

(58) “*Cortámos cerce o capítulo dos crimes políticos, que, na atualidade, são irreductíveis a um sistema estável e duradouro, confirmando, cada vez mais, o famoso conceito de Carrara ‘Quando a política entra as portas do templo da Justiça, esta foge pela janela, para liberar-se ao céu’*”. In: HUNGRIA, Nelson. *A Evolução do Direito Penal Brasileiro*. Op. cit., p. 20.

(59) Fra gli scritti di quest'ultimo Autore si segnalano: SONTAG, Ricardo. *Teoria da legislação e direito penal em Jeremy Bentham: A questão dos destinatários*. In: DAL RI JR., Arno et SONTAG, Ricardo (Org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 231-252; SONTAG, Ricardo. “A eloquência farfallante da tribuna do júri”: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. *História (UNESP)*, 28 (2009), p. 267-302; NUNES, Diego et SONTAG, Ricardo. *A ausência dos crimes contra a segurança nacional no Código Penal de 1940*. In: *Anais VII Congresso Internacional de Estudos Ibero-Americanos*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008; SONTAG, Ricardo. *Lei penal e exemplaridade econômica: A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham*. In: DAL RI JR., Arno et al. *Iluminismo e Direito Penal*. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 69-114.; SONTAG, Ricardo. *A irresistível ascensão dos filósofos. Teoria da legislação e o problema penal em Jeremy Bentham*.

processo di codificazione del Codice Penale del 1940 partendo dai temi affrontati da Nelson Hungria nella già citata conferenza “*Evolução do direito penal brasileiro*”, pubblicata nel 1943 ⁽⁶⁰⁾. L’interesse di Sontag si dirige soprattutto al modo in cui Hungria associava

Meritum, 3 (2008), p. 03-20; SONTAG, Ricardo. “Triatoma baccalaureatus”: sobre a crise do bacharelismo na Primeira Republica. *Espaço Jurídico*, 9 (2008), p. 67-78; SONTAG, Ricardo. Teoria da legislação e direito penal em Jeremy Bentham: A questão dos destinatários. In: *A construção do direito penal e do processo penal modernos — Anais dos Encontros de História do Direito da UFSC*. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 1-10; SONTAG, Ricardo. O código como artefato técnico: aportes teóricos para uma história da codificação penal brasileira de 1940. In: *Anais do II Projetos em Foco*. Florianópolis, 2008; SONTAG, Ricardo. Código, Técnica e Política: nascimento e transformações do conceito moderno de código na historiografia jurídica contemporânea. In: *Anais da 1ª Mostra de Pesquisa — CAXIF/UFSC*. Porto Alegre-RS: Dom Quixote, 2007; SONTAG, Ricardo. A codificação penal de 1940 e a cultura jurídico-penal brasileira em Nelson Hungria. In: *Anais do 2º Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito*, 2006.

⁽⁶⁰⁾ Fra le principali fonti utilizzate da Sontag possono essere segnalate: ARAUJO, João Vieira de. *Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil*. Pernambuco: Typographia do Jornal do Recife, 1884; ARAUJO, João Vieira de. *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada*. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889; ARAUJO, João Vieira de. Sobre o parecer da comissão. *O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, 1890; ARAUJO, João Vieira de. Projecto de código penal. Exposição de motivos. *Revista acadêmica da faculdade de Direito do Recife*, 1893; ARAUJO, João Vieira de. *Nova edição oficial do código criminal brasileiro de 1830, ante-projecto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910; HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. In: HUNGRIA, Nelson. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940; HUNGRIA, Nelson. Introdução à Ciência Penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, out.1942; HUNGRIA, Nelson. A evolução do direito penal brasileiro. *Revista Forense*, 1943; HUNGRIA, Nelson. A justiça dos jurados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 166, 1956; LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975; LYRA, Roberto. *Guia do Ensino e do Estudo de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956; LYRA, Roberto. Método jurídico e direito penal. *Revista Forense*, fev. 1946; PEREIRA, João Baptista. O código penal de 1890: notas históricas (partes I-VIII). *Revista de Jurisprudência*, vol. II, 1898; PEREIRA, João Baptista. O código penal de 1890: notas históricas (partes XIII-XIV). *Revista de Jurisprudência*, VI (1899). Dal punto de vista storiografico penale, l’ispirazione di Sontag si può rinvenire negli scritti di SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2009; SBRICCOLI, Mario. Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2009; SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2009.

la questione della codificazione penale al problema dello statuto della scienza giuridica; si tratta di un'analisi che non mette in evidenza il dibattito attorno alle questioni tecniche del codice, ma al modo in cui uno dei principali membri della commissione che elaborò il codice diede origine alla discussione sulla condotta degli agenti produttori della scienza giuridica nei confronti della scienza penale. Da quanto emerge dal lavoro di Sontag, sussisterebbe uno sforzo erculeo di Hungria nel tentativo di far sì che il successo (o l'insuccesso) del codice fosse letto, allora, come il risultato dell'approccio adottato da parte dei suoi interpreti. Un approccio che richiedeva un vincolo quasi esclusivo con l'effettività giudiziaria delle norme positive.

Per ottenere tale effettività, nell'intenzione di Hungria, la scienza giuridico-penale avrebbe dovuto rinvenire rigorosamente il suo fondamento nella legge attraverso la dogmatica tecnicista, abbandonando le strategie tipiche della retorica del *bacharelismo* liberale, oltre che la superficialità degli esegeti che, nella maggior parte dei casi, erano generalisti e non penalisti. L'analisi del rapporto tra scienza giuridica e codificazione ha permesso di affrontare il problema a partire dalla storia del pensiero giuridico e, grazie ai preziosi suggerimenti di Paolo Cappellini ⁽⁶¹⁾, ha permesso di mettere a fuoco le diversità inerenti i processi di codificazione moderni, così come, ora con il suffragio di Mario Sbriccoli, i rapporti tra diritto e politica nella costituzione della scienza giuridica penale.

Alexandre Ribas de Paulo ⁽⁶²⁾ ha diretto la sua ricerca all'analisi

⁽⁶¹⁾ Vide, a riguardo, CAPPELLINI, Paolo. Codici. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato Moderno in Europa*. 8^a ed. Roma-Bari: Laterza, 2007; CAPPELLINI, Paolo. Francesco Carrara e il problema della codificazione del diritto. *Criminalia*, 2 (2007), p. 305-324; CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo. *Storia del Diritto Moderno*. Milano: Giuffrè, 2003.

⁽⁶²⁾ Fra gli scritti dell'Autore vanno segnalati: PAULO, Alexandre Ribas de. O Direito Germânico na Alta Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 231-260; PAULO, Alexandre Ribas de. Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais. *Revista Eletrônica Unieducar*, XI (2010), p. 1147; PAULO, Alexandre Ribas de. Experiências Políticas e Direito Criminal no Império Brasileiro. *Âmbito Jurídico*, 76 (2010), p. 7739; PAULO, Alexandre Ribas de. A introdução do Direito Romano entre os longobardos no século VII: breves destaques. In: LUPI, João (Org.). *Druidas, cavaleiros e deusas: Estudos medievais*. 1 ed. Florianópolis: Ínsular, 2010, p. 59-74; PAULO,

di alcuni riflessi del sapere illuminista nella cultura giuridica penalistica brasiliana nell'epoca dell'Impero. Lo studio parte da un esame del contesto storico europeo del XVIII secolo nel quale si è diffuso il pensiero giuridico-politico illuminista di Cesare Beccaria, per giungere a quello politico e giuridico-penale brasiliano pre e post-indipendenza, con il fine di comprendere come si sono strutturate le istituzioni burocratiche ufficiali in Brasile. In quest'ambito, egli ha cercato di analizzare il connubio tra la riproduzione del discorso giuridico illuminista del XVIII secolo e le pratiche giuridico-penalistiche contraddistinte dal clientelismo, dalla conservazione dei privilegi alle élites tradizionali e dall'imposizione del rispetto per le autorità legalmente investite dal Potere sovrano.

Al di là di questo tema specifico, Paulo si è dedicato all'analisi dei meccanismi di soluzione dei conflitti intersoggettivi nell'ambito della storia del fenomeno penale, cercando di consolidare i fondamenti teorici e pratici della c.d. Giustizia Restaurativa, che si presenta come l'alternativa complementare al monopolio statale dello *ius puniendi*, consistendo quest'ultima nella giustizia retributiva.

L'impatto dell'illuminismo penale nelle dottrine e nella legislazione brasiliana è stato oggetto di analisi da parte di Alexander de Castro ⁽⁶³⁾, che si è soffermato sul modo in cui le opere dei giuristi

Alexandre Ribas de. Origo Gentis Langobardorum: o primeiro texto escrito pelos germânicos da estirpe dos Longobardos (Tradução). *Brathair*, 9 (2009), p. 51-59; PAULO, Alexandre Ribas de. Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais. *Âmbito Jurídico*, 70 (2009), p. 6919; PAULO, Alexandre Ribas de. A cultura jurídico-penal germânica altomedieval. *Meritum*, 4 (2009), p. 167-192; PAULO, Alexandre Ribas de. O discurso jurídico-penal no direito criminal do império brasileiro. In: PAULO, Alexandre Ribas de, DAL RI JR., Arno, SONTAG, Ricardo et CASTRO, Alexander (Org.). *Iluminismo e Direito Penal*. 1 ed. Florianópolis: Boiteux, 2009, p. 153-206; PAULO, Alexandre Ribas de. A centralização política promovida por Rotário, no século VII, por intermédio da codificação do Direito Penal dos Longobardos. *Brathair*, 5 (2005), p. 83-95; PAULO, Alexandre Ribas de. A Formação do Pensamento Político na Europa Ocidental nos Primeiros Séculos da Era Cristã. *Sequência*, 49 (2004), p. 33-52. L'autore ha inoltre curato la pubblicazione del volume PAULO, Alexandre Ribas de, DAL RI JR., Arno, SONTAG, Ricardo et CASTRO, Alexander de. *Iluminismo e Direito Penal*. 1.a edição. Florianópolis: Boiteux, 2009, 208 p.

⁽⁶³⁾ Fra gli scritti dell'Autore, vedi CASTRO, Alexander de. Beccaria e o Direito Penal do Absolutismo Esclarecido: O reformismo habsbúrgico e o Iluminismo na Lombardia austríaca. In: DAL RI JR., Arno, CASTRO, Alexander de et al. (Org.s).

portoghesi Pascoal de Melo Freire e Francisco de Freire e Melo, e del brasiliano Bernardo Pereira de Vasconcelos, hanno influito sul processo di elaborazione del codice penale del 1830.

In quest'ambito, Castro in particolare, si preoccupa di sottolineare come le tesi giuridiche penali dell'illuminismo italiano del XVIII secolo abbiano influito sul processo di codificazione brasiliano mediante evidenti fenomeni di modifica e adattamento. Partendo dagli effetti provocati sull'élite politica e intellettuale brasiliana dalla riforma attuata in Portogallo nel 1772, dagli studi giuridici dell'Università di Coimbra e dalla valorizzazione degli accademici dell'epoca adepti degli ideali illuministi con riguardo al fenomeno penale, Castro ha analizzato l'uso degli strumenti teorici di questi ultimi nei dibattiti preparatori all'emanazione del codice e la funzionalizzazione degli stessi strumenti da parte dei seguaci del partito liberale in opposizione alle tendenze assolutiste dell'imperatore brasiliano Pedro I.

Diego Nunes ⁽⁶⁴⁾ ha trattato principalmente della repressione

Iluminismo e Direito Penal. 1.a edição. Florianópolis: Boiteux, 2009; CASTRO, Alexander de. O Contrato Social e os fundamentos contratualistas em Dos Delitos e das Penas de Cesare Beccaria. In: *Anais do I Seminário Projetos em Foco*. Florianópolis: Boiteux, 2007; CASTRO, Alexander de. O Utilitarismo De Cesare Beccaria e a Eficácia do Direito Penal no Estado Absolutista. In: DAL RI JR., Arno (Org.). *A construção do direito e processo penal modernos* — Anais dos Encontros de História do Direito da UFSC. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008; CASTRO, Alexander de et DAL RI JR., Arno. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. *Sequência*, (2009), p. 261-284. L'Autore ha inoltre curato la pubblicazione del volume DAL RI JR., Arno, SONTAG, Ricardo, CASTRO, Alexander de, PAULO, Alexandre Ribas de (Org.s). *Iluminismo e Direito Penal*. Op. cit.

⁽⁶⁴⁾ Fra gli scritti dell'Autore, vedi NUNES, Diego. As “leis-manifesto” penais e os rumos da política criminal brasileira: entre monstros, santos e incrédulos. *Portal Jurídico Investidura*, 2008; NUNES, Diego. “Exceções à exceção”: a exclusão da extradição para os crimes políticos nos tratados ítalo-brasileiros de 1871 e 1932. In: *Pensamento jurídico e dimensão internacional: experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX* (Anais Encontros de História do Direito da UFSC). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011; NUNES, Diego. O problema da definição de crime político: reminiscências acerca da decisão da ADPF n. ° 153 pelo STF. In: DAL RI JR., Arno et NUNES, Diego (Org.s). *Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogo entre História, Direito e Criminologia* — Anais Encontros de História do Direito da UFSC. Florianópolis: Boiteux, 2010, p. 127-135; NUNES, Diego. Os crimes políticos nos escritos de Néelson Hungria. In: DAL RI JR., Arno et NUNES,

del dissenso politico nel Brasile durante la prima era Vargas, soprattutto nel periodo della dittatura dell’*Estado Novo*. Il suo lavoro ruota attorno a due aspetti: quello della “determinazione” e quello dell’“amministrazione” della repressione penale del dissenso politico, e quindi della costruzione del sistema e del sistema in azione. Il risultato di tale analisi si è concretizzato nella possibilità di guardare lo stesso oggetto da due diverse angolazioni: da un lato, come storia del diritto penale in senso stretto; dall’altro, come storia della giustizia penale in quanto apparato (le istituzioni) e come discorso (le decisioni) (65).

Diego (Org.s). *Regimes de legalidade e a construção do Direito Penal moderno: a questão do crime político* — Anais dos Encontros de História do Direito da UFSC. Florianópolis: Boiteux, 2009; NUNES, Diego et SONTAG, Ricardo. A ausência dos crimes políticos contra a segurança nacional no Código Penal de 1940. In: *Anais do VII Congresso Internacional de Estudos Ibero-Americanos*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008; NUNES, Diego. O movimento das normas processuais especiais dos crimes políticos para a repressão durante o governo Vargas (1935/1945). In: DAL RI JR., Arno (Org.). *A construção do direito e processo penal modernos* — Anais dos Encontros de História do Direito da UFSC. Florianópolis: Boiteux, 2008; NUNES, Diego. A influência italiana na doutrina de segurança nacional brasileira durante a Era Vargas (1930/1945) O caso da associação subversiva. In: *Anais do II Seminário Projetos em foco* — CPGD/UFSC. Florianópolis: Boiteux, 2008; NUNES, Diego. O processo e julgamento dos crimes políticos durante o governo Vargas (1935/1945). In: *XI Semana Jurídica: I Mostra de pesquisa CAXIF/UFSC*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007; NUNES, Diego. Leis-manifesto penais. *Captura Críptica*, 1 (2008), p. 261-265. L’autore ha inoltre curato la pubblicazione degli atti dei convegni DAL RI JR., Arno, SONTAG, Ricardo, NUNES, Diego et AGUIAR, Márlcio. *Pensamento Jurídico e Dimensão Internacional: experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX* — Anais dos Encontros de História do Direito da UFSC. Florianópolis: Boiteux, 2011; DAL RI JR., Arno et NUNES, Diego (Org.s). *Ordenamentos Jurídicos e a Dimensão da Justiça na Experiência Jurídica Moderna e Contemporânea: Diálogo entre História, Direito e Criminologia* — Anais Encontros de História do Direito da UFSC. Florianópolis: Boiteux, 2010; DAL RI JR., Arno et NUNES, Diego (Org.s). *Regimes de legalidade e a construção do direito penal moderno: A questão do crime político* — Anais Encontros de História do Direito da UFSC. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

(65) Fra le fonti primarie del lavoro di Nunes si trovano manuali di diritto penale italiani e brasiliani del periodo, come quelli di Vincenzo Manzini, Giuseppe Maggiore, Alfredo Di Marsico, Eugenio Jannitti Piromalo, Carlo Saltelli ed Enrico Romano Di Falco in Itália, e Galdino Siqueira, Antonio Bento de Faria, Néelson Hungria, Eduardo Espínola e José Frederico Marques, in Brasile. Le linee teoriche invece sono fornite principalmente da LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. New York, The Macmillan

L'analisi dell'amministrazione della repressione penale attraverso le giurisdizioni eccezionali — il Tribunale di Sicurezza Nazionale brasiliano e il Tribunale speciale per la difesa dello Stato (TSDS) italiano — avviene partendo dal presupposto secondo il quale il controllo penale del dissenso politico è un campo privilegiato per verificare il doppio livello di legalità. Più precisamente, si tratta di rivelare le dinamiche dei regimi giuridici di eccezione, basati sulla dialettica ordine-emergenza, così come elaborati da Massimo Meccarelli ⁽⁶⁶⁾. La ricerca di Nunes riguardo ai meccanismi giurisdizionali viene proprio come strumento per comprendere quali sono i profili del pensiero giuridico penale presenti nella giurisprudenza dei tribunali eccezionali, arrivando ad una storia delle dimensioni giuridiche della giustizia. Ad esempio, egli si preoccupa degli strumenti di scarcerazione come *sursis/probation* e libertà condizionale dove senza regole previsto dalle leggi sul dissenso politico dovevano fare scelte partendo dall'assetto dottrinale.

In quest'ambito, l'Autore si è preoccupato anche della dimensione internazionale del delitto politico, e in particolare dell'estradizione, per comprendere le costruzioni attorno al diritto politico tra

Company, 1944; LOEWENSTEIN, Karl. Law in the third Reich. *Yale Law Journal*, XLV (1936), p. 808; LOEWENSTEIN, Karl. *Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les démocraties européennes*. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1939; LOEWENSTEIN, Karl. El problema del contralor legislativo del extremismo político e la legislación uruguayana. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, XXXIX (1941), p. 225-230; PERREAU, Bernard. Vers un nouveau droit pénal allemand. *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1935); CASABIANCA, Pierre de. Les tribunaux d'exception des Etats totalitaires. *Revue internationale de droit pénal*, 1936; JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Le droit pénal soviétique. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (1949); HAMBLOCH, Ernest. His majesty the president of Brazil: a study of constitutional Brazil. New York: Dutton & Co., 1935; SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990). Op. cit.; SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. Op. cit.; MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica. Op. cit.; MECCARELLI, Massimo. Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento: una comparazione tra Italia e Francia. Op. cit.

⁽⁶⁶⁾ MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica. Op. cit., p. 493-521; MECCARELLI, Massimo. Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento: una comparazione tra Italia e Francia. Op. cit.

la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo e la continuità con la tradizione tardo-liberale, che gestiva il dissenso politico anche attraverso mezzi eccezionali; i provvedimenti extrapenalici di repressione del dissenso politico; il rapporto tra il regime e gli operatori giuridici; la posizione delle riviste brasiliane sulla tematica della repressione politica; il processo di legiferazione delle norme penali nel periodo di Vargas.

Nonostante l'attenzione di Nunes sia diretta per lo più ai meccanismi giurisdizionali, forte è l'enfasi per la storia del pensiero giuridico, che è una caratteristica comune a tutti i lavori dei ricercatori provenienti dal gruppo di Florianopolis. Per quale ragione questa enfasi sul pensiero giuridico? Si può trovare la risposta negli scritti di Paolo Grossi, Autore il cui pensiero ha costituito il principale punto di riferimento delle ricerche del gruppo catarinense. Così come Grossi, crediamo che la dimensione storica del pensiero giuridico può e deve, attraverso un intenso dialogo coi giuristi positivi e con la dogmatica, servire come strumento per la coscienza critica di quest'ultima. Per ciò che concerne precisamente la storia del diritto penale, le tesi di Mario Sbriccoli hanno fornito, come già sottolineato, l'ispirazione che ha guidato in maniera preponderante le nostre ricerche. Persiste, tuttavia, negli scritti di questo gruppo, la latente preoccupazione di allontanarsi dalle tentazioni che possono condurre a ridurre la storia del pensiero giuridico-penale a un inventario di idee, per quanto erudito possa essere, sul fenomeno penale nel tempo.

5. *Conclusioni.*

La storiografia del diritto penale in Brasile è riuscita, da un lato, ad appropriarsi dell'insieme di strumenti di ricerca storiografica grazie a un interesse sistematico per il lavoro di archivio e, dall'altro, a realizzare un'intensa dialettica con l'ambito giuridico, costituendosi come ramo della storia del diritto in modo autonomo, non limitandosi cioè a essere sottoprodotto di teorie filosofiche o sociologiche.

Da un lato, la professionalizzazione della storia del diritto allontana evidentemente lo storico del diritto dallo stile proprio della maggioranza delle introduzioni storiche dei manuali di diritto, ma,

dall'altro lato, è necessario non trascurare le ricerche sulle fonti primarie, specialmente quelle presenti negli scritti dei penalisti della prima metà del XX secolo, nelle quali la sensibilità storica non era assente, e che, per questo motivo, possono fornire preziosi ausili alle ricerche storico-giuridiche.

Consideriamo emblematico, nel suo itinerario e nelle sue sfumature, per i motivi sopra esposti, il fenomeno che coinvolge la storiografia penale: esso forse costituisce l'esempio migliore del modo in cui la storiografia giuridica brasiliana si è atteggiata negli ultimi decenni, non solo ampliando e diversificando i propri orizzonti, ma cercando anche di assumere una postura più severa dal punto di vista metodologico e dando contorni più chiari e definiti alla sua stessa identità.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI
ENSAYO SOBRE LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA
EN LA ARGENTINA.
TRADICIÓN CIENTÍFICA Y ESTADO ACTUAL DEL ARTE

I. La tradición científica: orígenes. — II. Ricardo Levene y el estudio del Derecho indiano. — III. La Escuela de Levene. El Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (1973). Otros centros de investigación. — IV. La renovación iushistoriográfica de los años ochenta. — V. Principales líneas de investigación y su prospectiva. — 1. Los derechos aborígenes. — 2. El Derecho indiano. — 3. El Derecho patrio o nacional del siglo XIX. — 4. El Derecho argentino en el siglo XX. — VI. Nuevos temas y enfoques: el derecho provincial y local; y la continuidad del Derecho indiano en el siglo XIX. Su prospectiva.

I. *La tradición científica: orígenes.*

La iushistoriografía contemporánea en la Argentina, como en otros países de Europa y América, se originó en la cátedra universitaria a fines del siglo XIX y principios del XX en las tres universidades entonces existentes: Córdoba, Buenos Aires y La Plata. La enseñanza de la historia del derecho se encauzó principalmente a través de materias que llevaban esa misma denominación u otras, como las de Introducción General al Estudio del Derecho, Sociología, etc. Dentro del clima intelectual dominado por el movimiento de las ciencias sociales empezó a delinearse una concepción iushistoriográfica que, desde la perspectiva actual, podemos separar con relativa nitidez de otras que operaban en un campo común (como la dogmática, la comparatista, la sociológica y la positiva legal) que en ese momento aparecían entremezcladas ⁽¹⁾.

(1) Sobre este movimiento, VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, "Peculiaridad del pensamiento jurídico argentino", en ídem (coordinador), *Antología del pensamiento jurídico*

Aquella orientación iushistoriográfica se desarrolló bajo la inspiración y estímulo de sus principales profesores, dando lugar a las primeras investigaciones de nivel científico, que empezaron a separarse de los enfoques practicados por los juristas dedicados al derecho positivo, en los cuales se incluía una parte histórica, como constitutiva de la ciencia jurídica. En este sentido se destacó la tendencia que encabezaba el profesor Juan Agustín García en la cátedra de Introducción al Derecho de la Universidad de Buenos Aires a partir de 1896 ⁽²⁾ y continuaron sucesivamente, enriqueciéndola, los profesores Carlos Octavio Bunge ⁽³⁾ y Ricardo Levene ⁽⁴⁾. Se forma con estos tres profesores un singular vínculo intelectual, que abarca dos generaciones con distintos ciclos vitales y resonancias académicas, desarrollado en torno a la historia del derecho indiano, considerado como el eje jurídico de la colonización española en el continente americano durante la Edad Moderna. El estudio de esta disciplina concluía algo abruptamente con la “revolución liberal” y la independencia política del siglo XIX, período nuevo que otros profesores-juristas, atraídos por el proceso constitucional, empezaron a examinar con una inevitable mirada hacia el pasado. Entre ellos sobresalen Joaquín V. González, José Nicolás Matienzo, Ernesto Quesada, Rodolfo Rivarola y Juan A. González Calderón.

El Derecho indiano fue tempranamente atendido por Juan A. García en su libro *La ciudad indiana (Buenos Aires desde 1600 hasta mediados del siglo XVIII)*, editado en 1900; y años después por

argentino (1901-1945), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2007, t. I, pp. 11-35. Sobre esa primera época, ABELARDO LEVAGGI, *El cultivo de la historia jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*. IHDRL. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977.

⁽²⁾ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, “El Derecho en la visión finisecular de Juan Agustín García”, en *Revista de Historia del Derecho*, num. 24. INHIDE, Buenos Aires, 1996, pp. 293-401.

⁽³⁾ JOSÉ M. DÍAZ COUSELO, “Carlos Octavio Bunge y la Historia del Derecho”, en *R.H.D.*, num. 16, 1988, pp. 249-286.

⁽⁴⁾ JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “Ricardo Levene y la Historia del Derecho”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, num. 10, Buenos Aires, 1959, pp. 31-36. Sobre estos aspectos, VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, “De la sociología al derecho indiano. Contrapuntos entre Ricardo Levene y Ernesto Quesada”, en *R.H.D.*, num. 34, 2006, pp. 357-417.

Ricardo Levene en su obra *Introducción a la Historia del Derecho Indiano* que salió a luz en 1924. En la época intermedia entre estos libros hay que registrar la aparición de la obra de Bunge, *Historia del Derecho Argentino* (1912-1913), que la prematura muerte del autor impidió que llegara a completar, quedando sin desenvolver las materias correspondientes al derecho indiano y al posterior a la emancipación. Sin embargo, Bunge hizo algunos avances al respecto en sus clases y abrió el camino para que Levene, el joven profesor suplente de su cátedra, empezase las exposiciones docentes y diera los primeros pasos en la labor de investigación ⁽⁵⁾.

Estos profesores-juristas tuvieron en ese tiempo una estrecha vinculación con la flamante Universidad Nacional establecida en 1905 en la ciudad de La Plata, que bajo el impulso de su rector-fundador Joaquín V. González, nació con un espíritu “moderno y experimental”, pretendiendo recoger las tendencias científicas de su tiempo, y en el ámbito humanístico dio amplio cauce al movimiento de las ciencias sociales. La cercanía geográfica de esta Universidad con la ciudad de Buenos Aires atrajo a sus aulas a muchos profesores porteños y así, entre otros, García, Bunge y Levene mantuvieron contactos y ocuparon cátedras en la Universidad platense ⁽⁶⁾.

Mientras tanto, en la antigua Universidad de Córdoba, la moderna enseñanza de la historia del derecho, con cátedra propia, se consolidó con diversas variantes a partir de 1907, aunque no hubo, hasta años después, una labor de investigación original derivada de la cátedra ⁽⁷⁾.

II. *Ricardo Levene y el estudio del Derecho indiano.*

Ricardo Levene, que ejerció la recordada cátedra de Introduc-

⁽⁵⁾ MARILUZ URQUIJO, cit.; RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Ricardo Levene y la cátedra de Introducción al Derecho”, en *R.I.H.D.*, cit., pp. 49-59.

⁽⁶⁾ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI Y EDUARDO MARTIRÉ, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 8ª edición. Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2012, pp. 704-706 y 710.

⁽⁷⁾ RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA, “La enseñanza de la historia del derecho en Córdoba (1894-1985)”, en *Cuadernos de Historia*. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, num. 3, Córdoba, 1993, pp. 125-140.

ción al Derecho entre 1918 y 1959, otorgó al Derecho indiano un lugar central en su labor intelectual a través de esos años y nunca se apartó de ese interés, aún cuando, como principal dirigente de la cultura histórica en el país, fue convocado a desempeñar funciones directivas en niveles universitarios, académicos y archivísticos en los cuales sobresalió por su gestión activa y eficiente (8).

Más allá de la obra precursora de 1924, Levene mostró una particular inclinación hacia estos estudios mediante renovados trabajos, formación de discípulos y creación de ámbitos de investigación. En este sentido, fue un hecho determinante para su vida intelectual y la de varias generaciones de discípulos la fundación del Instituto de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, que llevó a cabo en 1936 y dirigió hasta su muerte en 1959 (9).

Levene estableció provechosos contactos con colegas europeos y americanos. Entre ellos se destaca la profunda relación que mantuvo con otro maestro de su época, el español Rafael Altamira y Crevea (10). En la colección de publicaciones del Instituto acogió obras principales de Altamira y de José M. Ots Capdequí y trabajos de otros especialistas de Europa y América. Estas actividades de Levene cobran su verdadero alcance cuando detectamos el origen de la actual comunidad de historiadores del Derecho indiano.

Además de historiador, Levene fue un pensador del Derecho indiano, disciplina que lo mantuvo en preocupación constante durante toda su trayectoria intelectual, como lo evidencia la cantidad de estudios, conferencias, clases y discursos que le dedicó y también las notas y apuntes marginales que colocó en ejemplares de libros

(8) ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Obras de Ricardo Levene*. Tomo I, Buenos Aires, 1961. Contiene *Estudios* de la vida y obra de Levene por CARLOS HERAS (pp. 13-122) y ATILIO CORNEJO (pp. 123-366); y *Bibliografía* por RICARDO RODRIGUEZ MOLAS (pp. 367-562).

(9) SIGFRIDO RADAELLI, "Ricardo Levene y el Instituto de Historia del Derecho", en *R.I.H.D.*, num. 10, pp. 37-48.

(10) VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, "Diálogos sobre Derecho indiano entre Altamira y Levene en los años cuarenta", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXVII, vol. I, Madrid, 1997, pp. 369-389; ID., "Altamira y Levene: una amistad y un paralelismo intelectual", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, num. 15, UNAM, México, 1990, pp. 475-492.

propios, existentes en su biblioteca particular. Levene sustentaba la idea de un Derecho indiano que abarcaba los campos económico y político, y se integraba con la historia de la nacionalidad argentina.

III. *La Escuela de Levene. El Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (1973). Otros centros de investigación.*

Después de su muerte empezó a difundirse la denominación de “Escuela de Levene” para designar al grupo de discípulos y colaboradores que reconocían al maestro como inspirador intelectual y fundador de los modernos estudios de Derecho indiano, con proyecciones sobre el orbe hispano ⁽¹¹⁾.

La nueva etapa se abrió en 1959, con sus discípulos principales Ricardo Zorraquín Becú y José M. Mariluz Urquijo y otros más jóvenes. Los estudios de Derecho indiano, que continuaron siendo una línea directiva en las actividades del grupo, se profundizaron junto con una mayor atención a la historia jurídica del siglo XIX y primera mitad del XX. En este sentido hubo un despertar de nuevas líneas de investigación encabezadas por los temas dominantes de la constitución y de la codificación. La producción científica argentina en estos temas fue abundante y de calidad ⁽¹²⁾. Esta producción fue estimulada con la creación de las cátedras de Historia de las Instituciones Argentinas y de Historia del Derecho Argentino en la Universidad de Buenos Aires y la renovación en Córdoba de la

⁽¹¹⁾ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La Escuela de Levene. Medio siglo de estudios histórico-jurídicos”, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*. Vol. LVIII-LIX (1985-1986). Buenos Aires, 1987, pp. 465-469.

⁽¹²⁾ Para esta etapa pueden verse los siguientes trabajos: JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “Historiografía sobre el derecho indiano”; CARLOS M. STORNI, “Historiografía del derecho nacional”; y VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El desarrollo de la historiografía jurídica argentina: causas e influencias (1958-1988)”, publicados en el volumen *Historiografía Argentina (1958-1988). Una evaluación crítica de la producción histórica argentina*, editada por el Comité Internacional de Ciencias Históricas, Comité Argentino, Buenos Aires, 1990, pp. 13-48.

Una selección bibliográfica correspondiente a esos años en ALBERTO DAVID LEIVA, “Los estudios de Historia del Derecho en la República Argentina durante los últimos veinte años”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*; num. 8/1979, Milano, pp. 455-464; ID., “Los primeros ochenta años de la historiografía jurídica argentina”, en *Lecciones y Ensayos*, n. 53, Buenos Aires, 1989.

cátedra de Historia del Derecho Argentino originalmente establecida en 1907.

En los años 50 y 60 se dieron a conocer, en la línea del Derecho indiano, obras ya clásicas de Zorraquín Becú y de Mariluz Urquijo. Del primero fueron *La organización judicial argentina en el período hispánico* (1952) y *La organización política argentina en el período hispánico* (1959). Del segundo autor fueron *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos* (1952) y *El Virreinato del Río de la Plata en la época del marqués de Avilés (1799-1801)* en 1964. Estas obras revelan nuevos planteos y direcciones metodológicas. Las de Zorraquín Becú son, con precisión y claridad, exposiciones más generales, aproximadas a una visión jurídica. Las de Mariluz Urquijo acentúan una perspectiva histórica, basada en indagaciones archivísticas, con ajustada exposición monográfica que esclarece los puntos abordados.

Entre los contactos con colegas españoles de esta época se destaca la figura de don Alfonso García-Gallo, catedrático de Madrid, quien dedicó una parte de su producción científica al Derecho indiano y además se vinculó estrechamente con estudiosos americanos. Varias veces visitó la Argentina con intensa actividad académica. Además de estudios monográficos sobre temas de los siglos XVI y XVII, introdujo en nuestro ámbito su concepción jurídica de la historia del derecho. Sobresalen en este punto sus trabajos "Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano" (1967) y *Metodología de la Historia del Derecho indiano* (1970) ⁽¹³⁾.

Acontecimiento destacado de esta nueva etapa fue la fundación del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, ocurrido en Buenos Aires en 1966, con el principal objetivo de organizar los Congresos Internacionales de la especialidad, un sueño de Levene que solo entonces se pudo concretar. Hasta ahora se han celebrado regularmente dieciocho reuniones en diversas ciudades de América y España, con publicación de sus actas y ponencias. Junto a la Argentina participaron grupos de investigadores de diversos países, aunque los más numerosos y permanentes han sido españo-

(13) VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, "El tejido histórico del derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García-Gallo", en *R.H.D.*, num. 21, 1993, pp. 9-72.

les, argentinos, chilenos y mexicanos ⁽¹⁴⁾. En los últimos veinte años dos argentinos, José M. Mariluz Urquijo y Eduardo Martiré, han ejercido la presidencia de la entidad.

También fue hecho destacado para la Argentina la fundación del nuevo Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho en 1973, continuador en espíritu e integración de aquel originario de Levene, que finalmente fue disuelto por modificaciones en la estructura universitaria. El nuevo instituto se constituyó como sociedad civil, sin fines de lucro, integrado al sistema científico. Cuenta con miembros titulares nacionales y correspondientes extranjeros. Una parte considerable de los investigadores hoy activos tiene esa membresía. Recibe subsidios y otros apoyos estatales y de entidades no estatales. En su seno funciona la secretaría permanente del Instituto Internacional. Tiene sede propia, con una biblioteca especializada y edita desde 1973 la *Revista de Historia del Derecho*. La edición anual en papel apareció hasta el número 36 (año 2008) y desde el número 37 ha continuado en versión electrónica semestral. Actualmente está disponible el número 44 correspondiente al segundo semestre de 2012. El Instituto celebra, como actividad principal cada dos años, las Jornadas de Historia del Derecho Argentino, que tienen lugar en diversos centros universitarios del país. En 2012 se han realizado las XXIV Jornadas ⁽¹⁵⁾.

En esta etapa se detecta la existencia de centros de investigación en algunas universidades del interior del país. Se destaca en este sentido la actividad del profesor Roberto I. Peña (1913-1999), quien se desempeñó como profesor titular y emérito de Historia del Derecho Argentino en la Universidad Nacional de Córdoba. En 1982 estableció un centro de investigaciones sobre la materia que alcanzó a consolidarse definitivamente al fundarse en 1989, y en el seno de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de

⁽¹⁴⁾ ALBERTO DE LA HERA, ANA MARÍA BARRERO Y ROSA MARÍA MARTÍNEZ DE CODES, *La Historia del Derecho indiano. Aportaciones del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano a la bibliografía jurídica americanista*. Editorial de la Universidad Complutense. Madrid 1989; EDUARDO MARTIRÉ, “Alfonso García-Gallo y el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano”, en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*. Madrid, 1996, t. I, pp. 69-88.

⁽¹⁵⁾ Para organización y actividades de la primera época, véase TAU ANZOÁTEGUI, “El desarrollo...”, cit. en nota 12, pp. 38 ss.

Córdoba, el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, que agrupa a cultivadores de la historia jurídica civil y canónica, y también constitucional. Actualmente lo dirige el profesor Ramón Pedro Yanzi Ferreira y publica regularmente los *Cuadernos de Historia*, que lleva ya 21 números (16).

En Mendoza se destaca el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, dirigido durante varios lustros por su fundador, el doctor Dardo Pérez Guilhou, fallecido en 2012, acompañado por un sólido grupo de investigadores, juristas e historiadores del derecho y las instituciones. Pérez Guilhou ha dado a los estudios políticos y constitucionales, cursados en las áreas de derecho, historia y ciencias políticas, una clara orientación histórico-jurídica y tanto su producción personal, como la labor colectiva del grupo, ha sido intensa y de alta calidad (17).

A su vez, en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fé, en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, se ha desarrollado en torno a la revista *Res Gesta*, que dirige el doctor Luis M. Caterina, catedrático de Historia del Derecho, un grupo de investigadores que trabaja en el campo de las instituciones políticas y jurídicas argentinas.

IV. *La renovación iushistoriográfica de los años ochenta.*

Entrando en los años ochenta se perciben los aires de una renovación iushistoriográfica que hacia fines de esa década y en la siguiente se encuentra en pleno desenvolvimiento con el lento abandono del estricto esquema “fuentes del derecho e institucio-

(16) ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS IDEAS POLÍTICAS ROBERTO I. PEÑA. *Cuadernos de Historia*. Córdoba. En esta publicación, además de trabajos de investigación, aparece regularmente una crónica de sus actividades anuales. En el num. 10 (2000) se encuentra un trabajo de M. ASPELL y R.P. YANZI FERREIRA sobre “Roberto I. Peña. Recuerdos de nuestro maestro”. (pp. 13-32).

(17) Para una mayor información y pertenencia académica y científica véase el trabajo de CRISTINA SEGHESSO DE LOPEZ ARAGON, publicado en el opúsculo *Instituto de Ciencias Humanas, Sociales y Ambientales. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Centro Científico Tecnológico Conicet. Mendoza, Mendoza-Argentina, 2008*, pp. 21-26.

nes”; la adopción de una mayor libertad metodológica y temática; la acuñación de conceptos tales como “cultura jurídica”, “pluralismo jurídico”, etc. que fueron adquiriendo contenido y fuerza expresiva para escapar del anterior reduccionismo (18). En buena medida, este movimiento renovador se nutrió de diversas corrientes del pensamiento jurídico y político, que señalaron un resquebrajamiento de la noción contemporánea de Estado y de la noción absoluta de Derecho — encarnada en la ley dictada por aquel —.

Así se amplió la mirada del historiador sobre el pasado anterior al siglo XIX, aumentando considerablemente la capacidad de comprensión de otros tiempos. Autores europeos como Paolo Grossi, Pietro Costa, Manuel Antonio Hespanha y Bartolomé Clavero, entre los primeros, encaminaron los pasos de esta renovación iushistoriográfica que se afianzó por distintas vías y publicaciones. Los libros más notables de este movimiento se incorporaron en la Argentina a la bibliografía de lectura no sólo de juristas sino también de historiadores sociales y políticos.

En la Argentina desde hace unas décadas se desarrolla en forma creciente un fecundo diálogo de los iushistoriadores con historiadores sociales o políticos, sociólogos, antropólogos y etnohistoriadores que han llegado al convencimiento de que “la dimensión jurídica” apoya, completa y perfecciona sus labores de investigación. No se trata solo, como era en un principio, del aprovechamiento de los fondos documentales judiciales y notariales, sino también de incursiones en la propia temática histórico-jurídica. Así las denominaciones de “historia social del derecho” o más concretamente de “nueva historia de la justicia” se adoptaron para designar las áreas de esos estudios (19).

Este camino nuevo de entendimiento de intereses comunes ha despertado un intercambio de conocimientos entre los inshistoria-

(18) Véase VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Qué fue el Derecho Indiano* 2ª edición, Buenos Aires, 1982, pp. 25 ss.; ID., “El historiador ante el Derecho”, cit. nota 26, pp. 32-36.

(19) Interesantes consideraciones sobre el tema en GABRIELA TIO VALLEJO, “Los historiadores “hacen justicia”: un atajo hacia la sociedad y el poder en la campaña rioplatense en la primera mitad del siglo XIX”, en *RHD*, num. 41, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio 2011, pp. 199-212 (versión electrónica).

dores y quienes cultivan otras ciencias sociales, que avanza cada día con mayor fuerza e ilumina la futura labor conjunta. La mirada que se da al fenómeno jurídico desde esas perspectivas, a mi juicio, amplía y enriquece nuestro capital científico. Es esta una afirmación que se apoya en la propia experiencia de los últimos años a través de congresos, seminarios y reuniones. No se trata de que unos u otros abduquen de los criterios propios y abandonen los observatorios respectivos, esforzadamente contruidos, sino que conociéndose mejor puedan, en forma interdisciplinaria, buscar objetivos comunes y acrecentar sus respectivos saberes ⁽²⁰⁾.

V. *Principales líneas de investigación y su prospectiva.*

Las líneas de investigación permiten conocer, encuadrar y ordenar los aspectos y problemas concretos de un saber disciplinario. Acompañadas de una metodología adecuada ayudan en la profundización de la labor y en la viabilidad del plan que las sustenta. Para llegar a una formalización pública de estas líneas de trabajo se requiere contar con investigadores reconocidos, experiencia y calidad en los temas abordados y disponibilidad del material de trabajo pertinente. No siempre ello augura buenos resultados ni tampoco la pertenencia a una línea de investigación es requisito para una buena labor. En todo caso, una línea de investigación suele ser fruto de un previo y largo estudio, individual o colectivo, que igualmente merece atención cuando se insinúa o expone en obras panorámicas sobre determinadas disciplinas.

En la imposibilidad de hacer una detallada descripción y valoración de todas esas líneas de investigación he optado por dar cuenta en este ensayo de aquellas áreas temáticas abordadas en las últimas décadas por parte de investigadores, argentinos o residentes en el país. En su mayor parte éstos se encuentran vinculados a los centros de investigación mencionados páginas atrás y desempeñan actividades docentes en las principales universidades existentes en el país y

⁽²⁰⁾ En punto a esta cuestión, me remito a una antigua nota mía, "Un coloquio europeo sobre la dimensión jurídica en la historia social", en *R.H.D.*, num. 17, 1989, pp. 565-570.

algunos con rango de investigadores del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas o de otros entes científicos.

El grado de avance en dichas áreas ha sido distinto, según la índole de los temas u otras circunstancias, aunque la mayoría ofrecen una prospectiva favorable dado que integran proyectos de investigación en curso o ya realizados con evaluación y apoyo financiero de entidades científicas y universitarias. Muchos de los asuntos elegidos han sido estimulados por el movimiento de renovación iushistoriográfica, pero no necesariamente han nacido con el mismo, ya que en parte procedían de tiempos anteriores. En tal sentido se registra en la Argentina un curioso sendero de continuidad entre tradición científica y renovación, con características propias, que explican ciertos enlaces y continuidades generacionales.

La exposición sobre las áreas temáticas se hará en base a la periodificación habitual que tiende a borrarse a medida que se profundizan las indagaciones y aparecen con mayor frecuencia los trabajos destinados a examinar las continuidades y rupturas de esos períodos. Las divisiones, empero, pueden mantenerse con fines informativos o didácticos, y los investigadores, tal vez por esas razones, aceptan condicionadamente tal encuadramiento.

Por último, en punto a esta cuestión, es conveniente atender a una reciente obra *Perspectivas y desafíos de la Historia del Derecho Argentino*, coordinada por Marcela Aspell, Esteban F. Llamosas y Ramón P. Yanzi Ferreira que reúne las ponencias ofrecidas en un Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho celebrado en Córdoba en el 2007 y que se publicó en 2010. Éste volumen contiene un interesante y variado acopio de materiales (conceptuales, prácticos e informativos) con el propósito de establecer una articulación científico-didáctica, que es útil consultar. Dispone de una amplia bibliografía básica y de especialización destinada a investigadores, docentes y doctorandos a cargo de Marcela Aspell. El libro se divide en cuatro partes: la enseñanza de la historia del derecho; nuevas líneas de investigación; historiografía; y metodología y fuentes, con estudios y notas de más de treinta autores.

1. *Los derechos aborígenes.*

Estos derechos han ido adquiriendo en los últimos tiempos un mayor espacio en la preocupación de los estudiosos, tanto por la configuración de un área de labor histórica, con diversas instancias, como por la necesidad de acudir a instrumentos de análisis conceptuales y metodológicos distintos a los utilizados habitualmente por los iushistoriadores para operar con el derecho indiano y con otros ordenamientos europeos. En este sentido es muy importante la contribución metodológica realizada por Fernando de Trazegnies Granda con relación al período prehispánico ⁽²¹⁾.

Quien tempranamente se ocupó de la cuestión en la iushistoriografía argentina fue Carlos Octavio Bunge, al dedicar en su *Historia general*, un espacio exclusivo a ese período. Sin embargo, dicho autor lo consideraba solo de interés científico, pues, con excepción del influjo de los incas en el norte del territorio, tenía una escasa importancia dado el rudimentario nivel cultural de esas comunidades originarias ⁽²²⁾. En las obras generales posteriores, ya las referencias a los derechos indígenas están incluidas dentro del Derecho indiano ⁽²³⁾.

Después de Bunge son pocos los trabajos histórico-jurídicos sobre ese período, como la tesis doctoral del abogado Manuel Eduardo Piedra Buena sobre *Las instituciones políticas y la familia en los pueblos indígenas que habitaron el territorio argentino* en 1967. Posteriormente cabe mencionar otro trabajo que se refiere a una cultura indígena marginal en el mismo territorio, en el cual su autor hace un interesante rescate de los elementos jurídicos que componían aquella comunidad: es el de Ricardo D. Rabinovich sobre los selknam en Tierra del Fuego. El mismo Rabinovich produjo después

⁽²¹⁾ FERNANDO TRAZEGNIES GRANDA, "El derecho prehispánico. Una aproximación al estudio de la Historia del Derecho en las culturas sin Derecho", en *R.H.D.*, num. 30, 2002, pp. 299-390.

⁽²²⁾ BUNGE, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1912. t. I, pp. 1-129.

⁽²³⁾ ABELARDO LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino (castellano-indiano/nacional)* tomo I. Parte general, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986, pp. 155-157.

una serie de valiosas contribuciones sobre el Derecho del Tawantinsuyu, en la zona de Cuzco (24).

Además del estudio de estos ordenamientos en la época prehispana es importante observar las etapas y situaciones históricas posteriores, sobre todo en el período indiano. Entre otras, merecen atención las siguientes cuestiones: el impacto de las concepciones jurídicas castellanas sobre las culturas aborígenes; la supervivencia del orden nativo dentro de la colonización o en pueblos marginales; el renacimiento de formas jurídicas en el curso de movimientos reivindicativos; el orden aborígen como arquetipo para reformas en derechos letrados. En época posterior es preciso estudiar el impacto del derecho constitucional liberal sobre el ordenamiento hispano-indígena y últimamente la vigorosa tendencia que reivindica la identidad y estilo jurídico de las comunidades aborígenes (25).

El atractivo de esta materia ha sido menor en países hispanoamericanos donde las civilizaciones aborígenes no alcanzaron niveles superiores ni tuvieron una gravitación demográfica de cierta magnitud en tiempos posteriores. Este es el caso de la Argentina. Sin embargo, en las últimas décadas el panorama se ha modificado no solo en el plano de los estudios históricos — antropología y etnohistoria mediante — sino también en lo referente a la existencia misma de las actuales comunidades aborígenes. Una muestra de esta tendencia es la obra *El aborígen y el derecho en el pasado y el presente*, editada en 1990 por la Universidad del Museo Social Argentino y coordinada por Abelardo Levaggi. Con una perspectiva interdisciplinaria — antropología, historia y derecho —, incluye, entre otros, trabajos histórico — jurídicos de los mencionados Levaggi y Rabinovich. Junto a ellos, se destaca la extensa colaboración de Gastón G. Doucet, reconocido especialista en la temática, que ha desarrollado en numerosos trabajos un plan de investigacio-

(24) RICARDO DAVID RABINOVICH, "Instituciones jurídicas de una nación fueguina: los selknam. A propósito de la obra de Martín Gusinde", en *R.H.D.*, num. 13, 1985, pp. 393-434; ID., "Sobre las instituciones penales del Tawantinsuyu tardío", en *R.H.D.*; num.15, 1987, pp. 339-372; ID., "La juridización de la relación paterna-filial en el Tawantinsuyu tardío", en *R.H.D.*, num. 21, 1993, pp. 209-223.

(25) Remito para otras consideraciones e información sobre el tema a mi libro *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, 1997, cap. VII, pp. 97-106.

nes en torno a la institución de la encomienda y a otros aspectos de las relaciones hispano-indígenas en el Tucumán de los siglos XVI-XVII.

Por último, en la reforma de 1994 se ha incorporado a la Constitución Nacional un precepto de reconocimiento de “la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, con el otorgamiento a esas comunidades de particulares derechos (art. 75, inc. 17). Este precepto ha originado un interesante desenvolvimiento legislativo, doctrinario y judicial, con nuevas implicancias en la visión histórica.

2. *El derecho indiano.*

Durante la segunda mitad del novecientos, la iushistoriografía indiana tuvo en el mundo hispano y en la Argentina un fecundo desarrollo en intensidad y calidad científica. En los años 50 y 60 se hizo presente una fuerte preocupación metodológica, que apuntaba hacia una orientación más jurídica que social, encuadrada dentro del esquema “fuentes del derecho e instituciones jurídicas”. Con cierta impronta dogmática atendió con particular empeño y con buenos resultados hacia el estudio de la ley y de las estructuras del poder político, en consonancia con una visión del pasado tributaria del presente. Los exhaustivos estudios sobre la historia externa de la Recopilación de Leyes de Indias son ejemplo de esa orientación. Predominaban entonces los enfoques nacionales del Estado y dogmáticos del Derecho, si bien se hicieron destacados aportes en torno a la “cultura jurídica”. Aunque la historia del derecho indiano abrió en ese cauce nuevos caminos, sus métodos quedaron, en buena parte, atrapados por aquellos esquemas dominantes (26).

La historiografía clásica no quedó al margen de la renovación de

(26) Al respecto, puede verse SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ, “Los estudios sobre el gobierno y la administración de las Indias españolas. Ensayo de caracterización general”, en FELICIANO BARRIOS (Coord). *El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, pp. 36-53. Para la Argentina, véase en general MARILUZ URQUIJO, cit. en nota 12, pp. 13-20; y en cuanto a los planteos metodológicos, VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El historiador ante el Derecho”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003, pp. 26-32.

los años 80 y mantuvo una notoria presencia en el desenvolvimiento posterior de estos estudios, que alcanzaron una dimensión geográfica muy extendida en América y Europa, que excedió largamente los límites de cualquier iushistoriografía nacional. En este sentido es oportuno resaltar la significación que alcanza la incorporación del Derecho indiano a la visión científica del iushistoriador europeo. Siempre hubo dentro del mundo anglosajón y europeo no español, historiadores dedicados, o al menos, atraídos, por los estudios de las instituciones y el derecho en la colonización española, incluso con fines comparativos. Ahora, el conocimiento del derecho indiano se erige en un elemento necesario para que el iushistoriador europeo pueda obtener una visión relativamente completa del mundo occidental durante la Edad Moderna, tanto en lo relativo al orden civil como al canónico (27).

El profesor Manlio Bellomo ha ofrecido, en un sólido escrito, las razones por las cuales “el historiador del derecho europeo tiene que indagar en las obras de los juristas indianos, para mirarse en ellas como en un espejo y para comprender mejor los rasgos fisonómicos del derecho europeo medieval” (28). A su vez, el profesor Aldo Andrea Cassi, de la Universidad de Brescia, ha profundizado la cuestión en una obra en que, con solidez argumentativa, plantea el contrapunto interrogativo entre “un derecho antiguo para el Nuevo Mundo” y “un derecho nuevo para el Viejo Mundo”. El viaje imaginario en el que, a través de casi quinientas páginas, el autor conduce al lector, navegando por el inmenso y tenebroso Mar Océano e incursionando por la infinita y sorprendente tierra nueva, depara al fin en su retorno al Viejo Continente el resultado de que

(27) VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común”, en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, a cargo de BARTOLOMÉ CLAVERO, PAOLO GROSSI Y FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE. Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno (Firenze). Milano, Giuffrè editore, 1990, t. II, pp. 573-591.

(28) MANLIO BELLOMO, “¿Por qué un historiador del derecho europeo tiene que investigar las obras de los juristas indianos?” En *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*. San Juan de Puerto Rico, 2003, t. I, pp. 5-16. En lengua italiana: “Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?”, en *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, Il Cigno Edizioni, Roma 2000 Erice, num. 11, pp. 21-32.

la experiencia jurídica indiana cala profundamente en el antiguo Derecho y lo transforma en uno nuevo ⁽²⁹⁾. El libro del profesor Cassi aborda de manera extensa y profunda la relación de ambos campos de estudio en una determinada instancia histórica y su mérito consiste en haber alcanzado a plasmar una original visión de conjunto de la relación y entramado entre el viejo *Ius Commune* y el reciente Derecho indiano en la faz inicial de la Conquista, sin dejar de seguir sus consecuencias posteriores ⁽³⁰⁾.

Para adquirir un conocimiento de la diversidad historiográfica del derecho indiano y de algunos de sus problemas metodológicos y conceptuales en los últimos tiempos, es muy útil la lectura de los trabajos — con abundante aparato bibliográfico — de dos investigadores españoles, Santos M. Coronas González ⁽³¹⁾ y Ana María Barrero García ⁽³²⁾ — ambos publicados en 2004 — y la consulta de la exhaustiva *Bibliografía de Historia del Derecho Indiano* del profesor argentino Norberto C. Dagrossa ⁽³³⁾, con más de cuatrocientas páginas y siete mil menciones bibliográficas. A su vez, el profesor Thomas Duve acaba de publicar una amplia bibliografía de historia del derecho canónico indiano ⁽³⁴⁾. Otro modo de aproximación es la consulta de la colección de estudios y actas de los congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, sobre todo los correspondientes a la última década. Para conocer la contribución de la iushistoriografía argentina es también necesaria la consulta de la *Revista de Historia del Derecho* y otras publicaciones del Instituto de Buenos Aires.

⁽²⁹⁾ ALDO ANDREA CASSI, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo, Mari, Terra, Oro nel Diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁽³⁰⁾ *Quaderni Fiorentini*, cit. num. 33-34, (2004-2005) pp. 1187-1195.

⁽³¹⁾ CORONAS GONZÁLEZ, cit. en nota 26, pp. 21-53.

⁽³²⁾ ANA MARÍA BARRERO GARCÍA, “Apuntes acerca del panorama historiográfico actual del Derecho indiano en general y en relación con los estudios sobre el gobierno y administración de las Indias”, en FELICIANO BARRIOS (COORD.), cit. en nota 26, pp. 55-68.

⁽³³⁾ Colección Proyectos Históricos Tavera (I). Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamérica: José Andrés Gallego (coord.). Madrid, 2000.

⁽³⁴⁾ THOMAS DUVE, *Información bibliográfica para el estudio del derecho canónico indiano*. Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho Canónico, Buenos Aires, 2012. Se acompaña un CD-ROM que permite la búsqueda electrónica en la base de datos.

El estudio de este ordenamiento se hace difícil para quien no opera con los conceptos y la mentalidad de aquella época ni percibe la singularidad de los territorios que abarca: surge con fuertes raíces medievales; se consolida en un mundo nuevo que desenvuelve sus propias instituciones e ideas durante tres centurias; y enfrenta el profundo cambio que experimenta la idea del derecho a principios del siglo XIX.

Las dificultades empiezan con su propia denominación, y elementos que la constituían; con las ideas y principios jurídicos que lo sustentaban; y con la relación de la noción de Derecho con la Religión y la Moral. Continúan cuando se trata de conocer la forma de establecer la normativa, el poder y fuerza de la ley, la autoridad doctrinaria de los juristas, el alcance de la costumbre que actúa en el trasfondo de todo el orden. En este contexto resulta insoslayable atender al fenómeno jurídico local en la creación normativa y en la aplicación de las leyes generales y particulares, como lo expondré más adelante.

Es también complejo determinar la condición jurídica-política de los reinos y provincias, de las ciudades y campañas y de su inserción en la estructura de la Monarquía. Y atender a los problemas y variantes del gobierno y la administración; de la justicia real y local, letrada y lega dentro de una cultura jurídica impregnada de casuismo y variedad que cultiva el juego de los centros y periferias, pero que a su tiempo se inclinará, moderadamente, a aceptar ciertas reglas de la centralización y la uniformidad. En la imposibilidad material de entrar en una descripción pormenorizada, ofreceré algunos perfiles salientes de este desenvolvimiento intelectual.

Los estudios sobre la justicia indiana han abierto diversas vías y expectativas de investigación — jurídicas y sociales —, que abarcan distintos temas. Veamos algunos ejemplos significativos. Así Eduardo Martiré, apuntando a la figura del oidor indiano, muestra la evolución experimentada por el modelo de magistrado hasta alcanzar los tiempos revolucionarios; Alejandro Agüero, en otra obra destacada, examina una jurisdicción periférica, Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII, donde actuaban jueces legos con reglas y prácticas locales; y Viviana Kluger indaga en los pleitos de familia de la tardía Audiencia de Buenos Aires para reconstruir las relaciones

matrimoniales de una época de transición ⁽³⁵⁾. A su vez, Darío G. Barrera utiliza a la administración de justicia como un relevante observatorio para examinar la vida de una sociedad, — la ciudad de Santa Fe, en el área rioplatense — desde su fundación hasta el siglo XIX. Su labor de investigación se ha extendido a otros estudiosos y así se registran aportes individuales y colectivos del grupo de trabajo que enriquecen el tema ⁽³⁶⁾.

Junto a la Corona, la Iglesia que atiende la magna empresa de la evangelización, posee su organización y administración, orden jurídico y tribunales. En este sentido aplica el derecho canónico general y particular para las Indias, con las normas provinciales y locales dictadas por concilios, sinodos y prelados. Dentro de nuestra ius-historiografía se destacan las contribuciones de Roberto I. Peña, Nelson C. Dellaferrera, Mónica Martini y Daisy Rípodas Ardanaz, algunas de carácter documental. Estos estudios han adquirido en los últimos años un planteo orgánico que apunta a una prospectiva muy favorable, encauzada a través del Grupo de Investigación sobre derecho canónico indiano establecido en nuestro Instituto, bajo la dirección del profesor Thomas Duve. De tal modo se procura rescatar un amplio sector del pensamiento y normatividad jurídica que fue historiográficamente relegado a partir del movimiento de secularización del siglo XIX. Materias como el matrimonio, la familia y el régimen sucesorio, que aparecían reguladas por ambos derechos, han merecido contribuciones importantes, como la de Rípodas Ardanaz en su obra sobre *El matrimonio en Indias*, y la línea de trabajo de María Isabel Seoane sobre sucesiones, que encuentra una instancia saliente en su libro publicado en 1985 sobre *El sentido espiritual del testamento*.

Campo particularmente rico y variado es el de la “cultura

⁽³⁵⁾ EDUARDO MARTIRÉ, *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias. Del iudex perfectus al iudex solutus*, 2ª edición Librería Histórica de Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2009, ALEJANDRO AGÜERO, *Castigos y perdones cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba del Tucumán (Siglos XVII y XVIII)*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos. Madrid 2008, VIVIANA KLUGER, *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*. Editorial Quórum Buenos Aires, 2003.

⁽³⁶⁾ DARÍO G. BARRERA (compilador) *Justicias y Fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata. Siglos XVI-XIX* Universidad de Murcia, 2009.

jurídica”, que abarca un núcleo letrado y vertientes legas o populares. Los estudios sobre la enseñanza del derecho romano y canónico; la formación, contenido y traspaso de bibliotecas de juristas y canonistas; la circulación de ideas y libros; la iconografía, son algunos puntos de un nutrido programa de tareas, que ya cuenta con esclarecedores aportes de Daisy Rípodas Ardanaz, José M. Mariluz Urquijo, Roberto I. Peña y más recientemente, de Esteban Llamosas.

Un ámbito de labor bien atendido en los últimos años ha sido el del derecho penal indiano. Abelardo Levaggi, un antiguo estudioso de la materia, acaba de publicar en 2012 una nueva obra general, (*El Derecho Penal Argentino en la Historia*), en la que plantea como hipótesis que el derecho penal tuvo “un desarrollo progresivo, sin saltos ni sobresaltos desde la época hispánica hasta el siglo XX inclusive”. En 2002 se editó la tesis doctoral sobresaliente de Ezequiel Abásolo sobre *El derecho penal militar en la historia argentina*, obra general destacada por su concepción y originalidad, cuya hipótesis central es que “el régimen de las penalidades castrenses argentinas se apoya en una rica e insoslayable experiencia, pero que ésta no siempre ha marchado al ritmo de los cambios sufridos por el resto del aparato jurídico nacional”. También fue tesis doctoral laureada la obra de Alejandro Agüero, publicada en 2008, bajo el sugerente título de *Castigar y perdonar cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. El autor, con planteos renovadores, presenta un examen medular del desempeño de la justicia local, vecinal y lega, en el espacio municipal de Córdoba del Tucumán, en el que asoma como principio directivo aquellas palabras del célebre Castillo de Bovadilla, que sirven de título a la obra.

Merecen también un lugar las publicaciones derivadas de proyectos de investigación realizados en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho en las últimas décadas, dentro del Derecho indiano, tanto en el orden de las ediciones documentales como en la de estudios.

Así se puede mencionar la publicación de los libros registros-cédularios del Río de la Plata, Charcas, Tucumán y Paraguay existentes en el Archivo General de Indias, en forma de resúmenes, con índices, en ocho volúmenes; la de los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo; y el catálogo de cédulas de

Matraya y Ricci. También, y llevando adelante un plan editorial promovido por Dellaferrera y Martini, tuvo comienzo de ejecución el índice temático de las constituciones sinodales indianas, con un volumen correspondiente a la Arquidiócesis de la Plata, aparecido en 2002, pero ha quedado interrumpido por el lamentado fallecimiento de ambos autores. Estas ediciones documentales ofrecen un apreciado material de trabajo para los investigadores.

A su vez, sobresale el fruto de dos trabajos de elaboración colectiva: en 1995, José M. Mariluz Urquijo, junto con otros autores, dirigió la edición de los *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, en donde se plasma el examen de variados aspectos en torno a ese importante cuerpo legal que rigió en los últimos tiempos del gobierno español y se mantuvo en vigencia en la primera mitad del siglo XIX. A su vez, Eduardo Martiré dirigió entre 2006 y 2009 una interesante colección de estudios sobre “La América de Carlos IV” en cinco volúmenes, en el que se incluyen valiosos estudios de Ezequiel Abásolo, Marcela Aspell, Raquel Bisio de Orlando y del propio Martiré, junto a aportes documentales de Daisy Rípodas Ardanaz y José M. Mariluz Urquijo. La colección contó también con la colaboración de invitados extranjeros, como Carlos Garriga, Antonio Dougnac Rodríguez y Fernando Martínez.

3. *El derecho patrio o nacional del siglo XIX.*

Con el proceso de desintegración de la Monarquía española a principios del siglo XIX y la consiguiente formación de los estados nacionales hispanoamericanos se inició un nuevo y atractivo espacio historiográfico que mereció la atención de historiadores y juristas en la Argentina de fines del siglo XIX y comienzos del XX hasta convertirse en un área de estudios preferida por los cultivadores del pasado.

La formación de una nueva entidad política que, como en otros países, sustituyera a la monarquía absoluta abrió un campo de debates y experiencias en torno a la nueva estructura del poder y el gobierno propio. Esta transformación condujo a una “nueva cultura política” con el surgimiento de formas novedosas de entender y practicar la misma. Un estudio notable centrado en “la opinión pública” es el de la investigadora Eugenia Molina. El dilema mo-

narquía o república por un lado, gobierno federal o unitario por el otro, fueron así alternativas que dieron lugar a una intensa labor intelectual, reflejada en libros y artículos de conocidos investigadores ⁽³⁷⁾. En esta labor se acudió al elemento histórico como parte inescindible del tiempo presente, lo que se reflejó en las propuestas y conclusiones de las obras. Un ejemplo notorio es el libro de Ricardo Zorraquín Becú, *El federalismo argentino*, publicado en 1939, que alcanzó una amplia circulación — mediante sucesivas reimpressiones — entre varias generaciones de historiadores y juristas. El autor se propuso examinar los orígenes y caracteres del federalismo para destacar finalmente el estado actual y su futuro. Según él, “nada más característico en el derecho público argentino que el federalismo, idea constitucional que sirvió sucesivamente de bandera en las luchas civiles, de escudo para encubrir afanes de predominio y de poderoso estímulo al organizar el país” ⁽³⁸⁾.

Este enlace entre historia y saber actual se manifestó con cierta frecuencia entre los cultivadores de la historia constitucional, materia que se incorporó en algunas universidades como cátedra en las carreras de derecho. Hubo también quienes alcanzaron a distinguir, con mayor nitidez, esos contenidos, en una labor de afinamiento metodológico y conceptual. En este sentido, estimo que merece destacarse la línea de investigación sostenida a lo largo de varias décadas por el grupo de investigadores nucleados en el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza, fundado y dirigido por Dardo Pérez Guilhou, sobre el cual ya hice la referencia institucional.

La labor de los investigadores del grupo, tanto en lo individual como en lo colectivo, logró penetrar con sus numerosos estudios de ideas políticas y proyectos constitucionales en el núcleo de la Constitución, considerada en nuestro país como la pieza esencial de la nueva organización político-jurídica de la república, en la doble instancia de un orden provincial y de otro nacional.

⁽³⁷⁾ Sobre el dilema monarquía-república, véase RUBÉN DARÍO SALAS, *Lenguaje, Estado y poder en el Río de la Plata (1816-1827)*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1998.

⁽³⁸⁾ R. ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo argentino*. Biblioteca de la Sociedad de Historia Argentina, Buenos Aires, 1939, p. 7.

El logro más importante de este grupo quedó plasmado en los capítulos redactados para la *Nueva Historia de la Nación Argentina* editada por la Academia Nacional de la Historia, en los cuales Pérez Guilhou se ocupa de “Pensamiento político y proyectos constitucionales (1810-1880)”, María Cristina Seghesso de López Aragón aborda la cuestión de “Los poderes públicos y su funcionamiento (1810-1853)” y Juan F. Segovia “Los poderes públicos nacionales y su funcionamiento (1852-1914)”. Además de la calidad académica de estos textos hay que agregar el horizonte que proporcionan las orientaciones bibliográficas de cada capítulo, donde se reflejan con fidelidad la evolución historiográfica jurídica y política del tema. Junto a estos capítulos del grupo mendocino, deben mencionarse, en igualdad de condiciones, otros dos que pertenecen a la misma obra general. Son los de Natalio R. Botana sobre “Pensamiento político y proyectos políticos (1880-1914)” y de Luis María Caterina acerca de “*Los gobiernos de las provincias. Territorios nacionales. Régimen municipal (1852-1914)*”⁽³⁹⁾.

Bien se puede afirmar que en éstas páginas se condensa el espíritu de esa dimensión política de la época, tanto en lo que hace a las luchas y vicisitudes por buscar el consenso como por adoptar y aplicar el modelo adecuado a las circunstancias del país, configurando así la propia organización política y orden jurídico. La visión historiográfica elegida para ofrecerla en este ensayo es por cierto deudora de una extensa y calificada bibliografía, como se expresa en las numerosas páginas consagradas en esos capítulos a la “orientación bibliográfica”, aunque sus autores no son ajenos a la materia que han desenvuelto en diversos escritos.

En torno a estas cuestiones, se fue constituyendo en el país el derecho público como nueva disciplina que se empezó a introducir en la enseñanza universitaria y en la práctica de la administración pública hacia el último tercio del siglo XIX a través de las cátedras de derecho constitucional y administrativo y de la actuación de asesores de gobierno y procuradores generales, respectivamente. A propósito de esta materia, José M. Díaz Couselo ha publicado varios estudios en la

⁽³⁹⁾ ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Nueva Historia de la Nación Argentina*. Editorial Planeta, t. 5, Buenos Aires, 2000, capítulos 17, 18, 19, 20, 21 (pp. 13-169).

Revista de Historia del Derecho sobre el empleo público, los dictámenes de aquellos funcionarios y la historia de la cátedra.

La codificación, problema central del Derecho contemporáneo y de la historia jurídica moderna, es desde hace varias décadas un tema histórico en permanente construcción intelectual. La presencia, en Europa y América, de libros y artículos de distinta índole y calidad académica — investigaciones y ensayos disciplinarios e interdisciplinarios — parece intensificarse sin cesar. El conocimiento de la materia se ha extendido y profundizado hasta el punto de convertirse en una cuestión de magnitud que, además de renovar la visión del pasado, avanza en el tratamiento del tiempo presente y propone soluciones para el futuro. En ese proceso se pueden distinguir hasta tres “tiempos historiográficos” que merecen la labor de investigación — heurística y crítica — cuya continuidad es de fundamental interés, para la formación académica y profesional de historiadores y juristas.

Aunque la codificación fue un proceso legislativo común a Europa y América durante el siglo XIX, los países iberoamericanos no se limitaron a una pasiva recepción de los códigos promulgados en el Viejo Mundo, sino llevaron a cabo una trabajosa elaboración de los cuerpos propios. En la Argentina, la idea de la codificación fue preparada por varias generaciones de juristas, a través de lecturas de autores europeos y producción escrita propia de dispar naturaleza, con una atenta observación de la realidad social y del trasfondo político y económico. La misma evolución de las ideas y del movimiento codificador en la centuria fue constituyendo una opinión pública selectiva y de modo más hondo, una mentalidad social. Esta madurez ideológica ofrece rasgos de originalidad al desenvolverse a través de seis decenios, que culminaron con la sanción del Código Civil en 1869 ⁽⁴⁰⁾.

Los avances de esta línea de investigación son evidentes a través de algunas obras recientes. Con alcance iberoamericano se destaca la labor del iushistoriador chileno, Alejandro Guzmán Brito, quien ha publicado dos libros esenciales para el tema. El primero, bajo el

⁽⁴⁰⁾ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*. 2ª edición revisada. Librería Editorial Histórica de Emilio Perrot. Buenos Aires, 2008. Sobre los “tiempos historiográficos” de las codificaciones, véase, pp. 10-13.

título *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (41). Es, como la considera su autor, “un estudio histórico y dogmático”, muy erudito que abarca desde los orígenes y raíces de los movimientos codificadores en Europa hasta el estudio de todas las codificaciones iberoamericanas, estableciendo sus relaciones y diferencias. Seis años después, en 2006, Guzmán Brito ofrece el segundo título *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, que en buena parte es una segunda edición de aquella obra, pero de la misma ha suprimido lo relativo al movimiento codificador europeo y en cambio incorpora unos nuevos trabajos suyos sobre la codificación iberoamericana (42). De tal modo, la consulta de ambos libros ofrece un interés singular, no solo por el vasto panorama que presenta, sino por el enfoque que aplica al campo de estudio.

Con respecto al desarrollo de la codificación en la Argentina, además del encuadre que hace Guzmán Brito, merece destacarse el estudio de José María Díaz Couselo sobre “Pensamiento jurídico y renovación legislativa” incluido en la ya citada *Nueva Historia de la Nación Argentina*, con una amplia y exhaustiva “orientación bibliográfica”. Se ofrece allí una original síntesis de este proceso, abarcativo de las ideas jurídicas y de la normatividad, que enfatiza el cambio en la concepción legislativa y la actividad codificadora en materia civil, comercial, penal, minera, junto con la sanción de otras leyes organizadoras del Estado que incluyen diversas materias, entre ellas las de orden judicial y las primeras regulaciones laborales (43).

En el pensamiento de la época ocupó lugar destacado el fenómeno de la secularización jurídica, cuyo itinerario ha seguido María Rosa Pugliese a través de la transformación de la institución matrimonial en el marco de la pugna entre el Estado y la Iglesia sobre el espacio público, que en este caso culminó con la ley que en 1888 estableció el matrimonio civil (44).

(41) A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

(42) A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Garrigues Cátedra. Universidad de Navarra. Ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

(43) *Nueva Historia*, cit., tomo 5, cap. 28, pp. 363-403.

(44) MARÍA ROSA PUGLIESE, *Derecho, Estado y Religión. La historia del matrimonio civil en la Argentina*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2012.

Para cerrar esta referencia a la construcción intelectual del constitucionalismo y la codificación realizada desde la iushistoriografía argentina, se impone, por la magnitud del tema, un comentario a la organización de la administración de justicia, que fue objeto en esta centuria de un reordenamiento funcional y de un cambio en algunos principios procesales tradicionales y estilos arraigados. Como lo señala María Rosa Pugliese, numerosas obras y artículos se han dedicado al estudio de la cuestión, pero abarcando solo aspectos parciales. Falta una sistematización del material existente y una indagación sobre otras materias que “aun permanecen vírgenes para la investigación”. Dicha autora ha realizado una lograda síntesis del tema, al escribir el capítulo sobre “La administración de justicia” en la ya citada *Nueva Historia* con un interesante aporte en cuanto a la “orientación bibliográfica” (45). Entre los más recientes trabajos sobre la materia, hay que mencionar los de María Angélica Corva sobre la organización de la magistratura en la provincia de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo.

4. *El derecho argentino en el siglo XX.*

Cuando en 1976 se organizaron las VI Jornadas de Historia del Derecho Argentino, los participantes fueron invitados a intervenir con ponencias sobre varios temas, entre ellos el de “Las transformaciones del Derecho Argentino en la primera mitad del siglo XX”. Tres años después el Instituto ofreció un curso para graduados sobre el mismo tema con exposiciones de varios investigadores. En estas dos actividades académicas de los años setenta queda fijado el punto de partida de una fecunda línea de investigación — con varios itinerarios e interrogantes en su desenvolvimiento — sobre método, enfoque, búsqueda y tratamiento de fuentes.

Esta línea, limitada en un principio a la mitad de la centuria, se fue extendiendo temporalmente desafiando la ya escasa perspectiva histórica que adolecía y el difícil acceso a los archivos judiciales, oficiales y privados y al enorme material impreso no preparado para la tarea del iushistoriador.

(45) Ídem, cap. 20, pp. 405-438.

También se hizo sentir la falta de una buena base teórica y experimental en el ejercicio docente ya que este tramo histórico contemporáneo no suele ocupar el espacio necesario en los programas clásicos de enseñanza ni tiene asignada una cátedra propia, pese al interés que ofrece con vistas a la formación de magistrados y abogados. Es más, aún no parece haber respuesta al interrogante acerca de si la enseñanza y estudio de este período debe hacerse con los instrumentos de análisis que se utilizan para épocas históricas anteriores o deben acudir a otros más aptos para ese objeto. En tal caso, como nueva disciplina histórico-jurídica, tendría que discutir sus contornos disciplinarios con la sociología, la teoría política y la filosofía del derecho ⁽⁴⁶⁾.

Más allá de estos problemas de encuadramiento del saber y de acceso a las fuentes de conocimiento, ya sea como unidad secular propia o como continuidad de la época anterior, lo cierto es que se percibe en lo esencial un enlace entre la permanencia y la transformación, que es difícil separar nítidamente. Dentro de estas dificultades, cabe resaltar la importancia de los esfuerzos realizados para aproximarse al conocimiento de este período con los elementos o fuentes materiales disponibles.

Una primera referencia cabe al pensamiento político, que asume un papel en la conformación del derecho público de la época. Para ello contamos con dos estudios originales de los investigadores Carlos A. Egües y Juan Fernando Segovia que constituyen sendos capítulos de la *Nueva Historia de la Nación Argentina* y que corresponden a los períodos 1914-1943 y 1943-1983, respectivamente. En un tercer capítulo, Dardo Pérez Guilhou ofrece un interesante panorama sobre el desarrollo del constitucionalismo hasta 1983 ⁽⁴⁷⁾. Este abordaje del derecho público continúa su desenvol-

⁽⁴⁶⁾ Sobre estas cuestiones remito a MARIO G. LOSANO (a cura di), *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*. Franco Angeli, Milano, 1997, que contiene importantes y variadas colaboraciones. Entre ellas, las páginas del propio LOSANO, "Storia contemporanea del diritto y sociologia storica", del cual hay una versión castellana a cargo de Martín Laclau en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, num. 15, Buenos Aires, 1995, pp. 133-173. Me ocupo de estas cuestiones en mi libro *El futuro de la historia jurídica en las aulas*, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, Córdoba, 2010, pp. 50-56.

⁽⁴⁷⁾ *Nueva Historia*, cit. t. 7, cap. 12,13 y 14, pp. 401-510.

vimiento con los capítulos de Mario D. Serrafiero “Los poderes públicos nacionales y su funcionamiento”; Luis María Caterina “Los gobiernos de provincia”; María Silvia Leoni de Rosciani “Los territorios nacionales”; y Antonio María Hernández “El régimen municipal” (48).

Un análisis novedoso sobre las tendencias y experiencias constitucionales del siglo, con los proyectos y reformas que alcanza hasta la última de 1994, es el que Alberto David Leiva y Ezequiel Abásolo hacen en su libro *El constitucionalismo argentino en el siglo XX*, editado en 1997. Asimismo se destacan las contribuciones de María Cristina Seghesso acerca del derecho público y constitucional de Mendoza; de Susana Ramella en la *Revista de Historia del Derecho*, en torno a las ideas jurídicas y el constitucionalismo social, en el orden nacional y provincial; y de Carlos G. Frontera, relativas a partidos políticos y sistemas electorales.

Esta línea de investigación que venimos observando produce otros dos capítulos en la citada *Nueva Historia* que tratan acerca del “Pensamiento jurídico y acción legislativa” y “La justicia”, que son la continuación temática de cuestiones ya analizadas con relación al siglo anterior. En el primero de ellos — que tuve a mi cargo — sobre la base de escritos relevantes de los juristas actuantes en la Argentina hasta 1970 aproximadamente, se examina la circulación de las ideas, con especial referencia a las ciencias sociales como reflexión crítica del jurista; al paso del método exegético al científico; al tópico común de la crisis del derecho; a la ilusión de una ciencia pura del derecho; al retorno del derecho natural y de la tópica jurídica; y a la posibilidad de una dogmática renovada. En la segunda parte del capítulo se analiza la legislación como elemento vertebral del Estado contemporáneo y se sigue especialmente la actividad legislativa en punto a las reformas que se suscitan en los ámbitos civil, comercial y penal y de modo novedoso las propuestas y regulaciones efectuadas en el derecho laboral (49).

El estudio del origen y desarrollo inicial de esta última rama del derecho, constituida en disciplina central durante el siglo XX, fue particularmente atendido por nuestros investigadores. En este sen-

(48) Ídem, t. 7, cap. 15, pp. 511-553; y t. 8, cap. 16, 17 y 18, pp. 13-94.

(49) Ídem, t. 7, cap. 31, pp. 403-444.

tido, sobresale la labor pionera de Marcela Aspell, quien desde su tesis laureada doctoral en la Universidad de Buenos Aires sobre “La formación del Derecho del trabajo en la primera mitad del siglo XIX (1810-1853)” incursionó en diversos aspectos de esta disciplina en su desarrollo de fines del siglo XIX y principios del XX. Otros estudiosos del tema son Eduardo Martiré — director de la recordada tesis —, Luis María Caterina, Néstor T. Auza, Abelardo Levaggi y Susana Ramella.

En el área temática de la historia de las ideas, normas y prácticas penales y criminológicas, es muy destacada la producción que, en los últimos años, ha venido desarrollando José Daniel Cesano, con intensidad y originalidad.

El capítulo sobre la justicia de la *Nueva Historia* — del cual son autores Ezequiel Abásolo, Alberto David Leiva y María Rosa Pugliese — lleva una introducción sobre la idea de justicia, abordando luego la estructura judicial; las funciones asignadas a los jueces; el papel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con las doctrinas sustentadas a través del tiempo por las diferentes integraciones que se sucedieron; la elaboración de la jurisprudencia, como obra de los jueces; las relaciones entre judicatura y política; y el ejercicio profesional de los abogados y su actividad corporativa ⁽⁵⁰⁾. Como ya lo indiqué anteriormente en todos los capítulos citados de la *Nueva Historia*, la “orientación bibliográfica” que figura al final de los mismos, permite hacer un seguimiento de la existencia y avances sucesivos de los diversos temas agrupados en esos panoramas generales que son de especial interés para el observador del movimiento iushistoriográfico.

Por último, cabe destacar el proyecto de investigación colectivo trienal que se desarrolló en nuestro Instituto, con el apoyo de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (PICT 16746) y que culminó con la publicación de la *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)* que se editó en dos volúmenes en los años 2007-2008 bajo la coordinación de Víctor Tau Anzoátegui y con la participación de los investigadores José M. Díaz Couselo, Alberto David Leiva, Dardo Pérez Guilhou, Norber-

(50) Ídem t. 7 cap. 32, pp. 445-470.

to C. Dagrossa, María Rosa Pugliese, Juan Fernando Segovia, Ezequiel Abásolo, Luis M. Caterina, Carlos G. Frontera y María Rosario Polotto. El propósito de esta publicación fue ofrecer una colección escogida de piezas jurídicas escritas por principales juristas argentinos actuantes en la primera mitad de la centuria, en las cuales se abordan los grandes temas de la época y se reflejan las preocupaciones dominantes desde distintos puntos de vista. Este corpus documental está precedido por una introducción, a cargo del coordinador, sobre “Peculiaridad del pensamiento jurídico argentino” y de breves presentaciones a los distintos temas a cargo de los autores de la obra. El “Epílogo” es de Ezequiel Abásolo. Como anexo se incluyen una bibliografía y una noticia biográfica de los juristas incorporados a la *Antología*.

En 2012 se ha iniciado la ejecución de otro proyecto colectivo trienal, en colaboración con el Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte sobre “La proyección iberoamericana de la cultura jurídica europea y el caso argentino. Sus repercusiones en los debates y las prácticas del derecho privado en la primera mitad del siglo XX (1901-1945)”, cuyo investigador responsable es el doctor Ezequiel Abásolo y tiene lugar de realización en nuestro Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

VI. *Nuevos temas y enfoques: el derecho provincial y local; y la continuidad del Derecho indiano en el siglo XIX. Su prospectiva.*

Los maestros Altamira y Levene fueron precursores en la historiografía indiana en observar la existencia del fenómeno jurídico local. Cultivadores posteriores prefirieron seguir el criterio dominante en la historiografía castellana que no otorgaba importancia al estudio del derecho local en la Edad Moderna y estaban dedicadas sus tareas a los cuerpos legislativos territoriales. Aplicado este criterio al derecho indiano, la atención de los estudiosos se concentraba en la legislación real generada en la Península ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ He desarrollado más ampliamente estas ideas en “Una visión historiográfica del Derecho indiano provincial y local” en JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE Y JORGE ARMANDO GUEVARA GIL (Editores), *Derecho, Instituciones y Procesos Históricos. XIV Congreso del*

Dos generaciones después hubo una primera reacción. Los profesores García-Gallo, Zorraquín Becú y más tarde Sánchez Bella y Mariluz Urquijo empezaron a desenvolver, cada uno con matices, la noción de “legislación criolla” para denominar a un nivel complementario del Derecho general. Hubo así avances en la recolección y publicación de textos locales y en la elaboración de ideas que, sin embargo, no modificaron su carácter de legislación secundaria, sujeta a la aprobación superior. Zorraquín Becú propuso sustituir el uso de la voz “criolla” por el sintagma “derecho local”. Mariluz Urquijo, además de aportes monográficos, fue reuniendo como resultado de su investigación heurística en fuentes documentales rioplatenses textos legales de ese carácter, cuyas reproducciones se conservan en el Instituto de Buenos Aires como “Colección de textos legislativos locales de derecho indiano y patrio”. A su vez, Sánchez Bella fue quien trazó en artículos específicos el estado de la cuestión ⁽⁵²⁾.

Desde mediados de la década del ochenta, se advierte un mayor interés por los estudios sobre el derecho local. Coinciden así en el tiempo las últimas publicaciones de Ismael Sánchez Bella sobre derecho indiano criollo con las nuevas que responden más concretamente al movimiento de renovación que se estaba produciendo. Es así difícil establecer tanto el comienzo de esa transformación como sus posibilidades y límites. No hay pues ruptura con la producción anterior, pero eso sí, se percibe un cambio en el planteo metodológico del derecho indiano que se hizo evidente en los años finiseculares.

El nuevo planteo se presenta como más atento al contexto social que envuelve al fenómeno jurídico y cultiva tanto la dimensión jurídico-formal como la socio-jurídica. Desde la historia política de la colonización llegaron nuevos interrogantes, hipótesis y reflexiones acerca de la formación y trayectoria de la Monarquía hispana que muestran que esta entidad política no puede ubicarse entre los

Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, t. II, pp. 309-336, y en especial pp. 330-333.

⁽⁵²⁾ Véase, en particular, I. SÁNCHEZ BELLA, “Derecho indiano criollo”, en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Escuela Libre de Derecho. UNAM, México, 1995, t. II, pp. 1481-1511.

modelos de Estado diseñados actualmente por la ciencia política, sino que tenía características atípicas y variables. En su funcionamiento se percibía la heterogeneidad, autonomía y particularismo basado en las diversidades étnicas, geográficas, políticas, económicas y culturales de las provincias y reinos que la componían.

Entre las nuevas miradas que se imponían sobre el Derecho indiano se destaca aquella que agudiza su observación, no desde la cúpula, como centro distribuidor de poderes y normas, sino desde los pequeños espacios primarios que constituía cada comunidad urbana, con poder de expedir normas y juzgar conflictos. Es en las ciudades donde se suscitan y resuelven los asuntos que a ellas conciernen, sin que intervengan otros poderes mientras se mantienen las reglas y no se afecta la justicia. Así la idea de un solo poder central, concentrando en el rey, se diluye en un conjunto de “pequeños poderes”, diseminados en los vastos territorios de la Monarquía. La relación entre centro y periferia genera un auto-gobierno local, que se articula con otros niveles intermedios y finalmente con la jurisdicción superior encarnada en el rey. Los negocios tienen a veces modos de tramitación autónoma, que no coinciden con las formas lógicas que supondría un régimen jerárquico y simétrico de instancias para resolver los conflictos. Trabajos disímiles de Antonio Manuel Hespánha ⁽⁵³⁾, Tamar Herzog ⁽⁵⁴⁾ y Diana Ceballos Gómez ⁽⁵⁵⁾, publicados en la década del 90 son bien ilustrativos al respecto. En el mismo sentido para el Río de la Plata lo es la obra de Alejandro Agüero ⁽⁵⁶⁾.

Dentro de esta concepción político-jurídica del poder, el Derecho indiano, lejos de constituir un orden legal emanado de un único

⁽⁵³⁾ ANTONIO MANUEL HESPÁNHA, “El espacio político” y “Centro y periferia”, en Ídem, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pp. 85-121 y 123-176, respectivamente.

⁽⁵⁴⁾ TAMAR HERZOG, *Ritos de control, prácticas de negociación: pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)* — Fundación Histórica Tavera. Colección Proyectos Históricos Tavera (I). *Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamérica*. José Andrés Gallego (coord.) Digibis. Publicaciones Digitales. Madrid, 2000.

⁽⁵⁵⁾ DIANA L. CEBALLOS GÓMEZ, “Gobernar las Indias. Por una historia social de la normalización”, en *Ius Commune*, XXV, Frankfurt am Main, 1998, pp. 181-218.

⁽⁵⁶⁾ ALEJANDRO AGÜERO, *Castigos y perdones... Citado en nota 35*.

poder central, se ofrecía abierto a la creación local, caracterizada por su casuismo y variedad, donde junto a las leyes dadas en el lugar, aparecían con fuerza jurídica la costumbre y las prácticas socio-jurídicas. Esta comprobación hizo revisar los criterios excluyentes utilizados por los historiadores en la lectura de las leyes indianas, principalmente de la Recopilación de 1680. El estudio del Derecho local permite acercarse al “Derecho vivo”, en estrecho contacto con la vida cotidiana, con la práctica jurídica y con el saber letrado que se trasmite a ella aún en los mundos periféricos. Es pertinente consignar aquí que en el año 2000 apareció la primera obra de conjunto sobre derecho indiano que concede al derecho local un espacio significativo en la exposición general, exclusivamente a partir de las fuentes y de modo especial a través de los antiguos juristas ⁽⁵⁷⁾.

En los últimos años, el tema empezó a cobrar relevancia en el campo historiográfico y fue objeto de especial atención en los Congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano de 2003 y 2005 (Lima y Córdoba, España). A su vez, desde 2003 se inició en nuestro Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho el desarrollo sucesivo de varios proyectos de investigación, individuales y colectivos, que contaron con apoyo financiero del Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina de España; de la Universidad Carlos III de Madrid; y en dos ocasiones de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica de la Argentina, todos ellos con previa evaluación de pares académicos.

Los trabajos así producidos fueron publicados por sus autores, y algunos agrupados en las actas de aquellos congresos. Se percibe en ellos un objetivo común y una temática abierta. En la labor monográfica y de orientación en la materia se pueden mencionar trabajos de Eduardo Martiré, Thomas Duve, Alejandro Agüero, María Rosa Pugliese, Romina Zamora, Inés Sanjurjo, Víctor Tau Anzoátegui, Nelson Dellaferrera y Carlos M. Storni. La variedad regional enriquece el aporte colectivo. Así el fenómeno jurídico local

⁽⁵⁷⁾ JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del Derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius commune-Ius proprium en las Indias Occidentales*. Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000.

luce en las líneas de trabajo que cultiva, en Mendoza, Inés Sanjurjo de Driollet — sobre todo por sus estudios acerca del cabildo en el siglo XVIII y las municipalidades en el XIX-; y en Tucumán, Romina Zamora con sus originales enfoques sobre orden doméstico, bandos de buen gobierno, etc.

El estudio del derecho local apareció vinculado a otro tema que asimismo cobró relieve particular en esos años: el de la continuidad del derecho indiano en el siglo XIX. Aunque al respecto hubo ya antiguas sugerencias para abordar esta cuestión, como la de José M. Ots Capdequi en 1969 ⁽⁵⁸⁾, sólo en la década del 80 aparecieron los primeros trabajos concretos de Bernardino Bravo Lira ⁽⁵⁹⁾ y Abelardo Levaggi ⁽⁶⁰⁾. Hasta entonces los Congresos de Derecho Indiano cerraban el ciclo de estudios en 1810. En mi libro sobre *Nuevos Horizontes*, dediqué un capítulo a la materia bajo el enunciado de “continuidades y rupturas” ⁽⁶¹⁾.

En los últimos Congresos del Instituto Internacional, el tema ha sido atractivo para muchos especialistas. Si bien los aportes en su mayoría son esclarecedores para la cuestión, se percibe en algunos de ellos vacilaciones orientativas o metodológicas en su tratamiento, que a veces es excesivamente puntual y no suficientemente enmarcado en el panorama general. El uso mismo de los vocablos “supervivencia”, “pervivencia”, “subsistencia” no ayudan muchas veces a apreciar la magnitud de esta transformación. Como ocurre con el caso del derecho local, también aquí no se trata sólo de aproximarse a una mera noción que afirme esa prolongación en el tiempo, sino que ayude a mirar el mismo Derecho indiano desde otra perspectiva en particulares circunstancias críticas para su vigencia. En la Argentina se destacan en este perfil los aportes de José M. Díaz Couselo y Ezequiel Abásolo.

⁽⁵⁸⁾ JOSÉ M. OTS CAPDEQUI, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. Madrid, 1969, pp. 343-354.

⁽⁵⁹⁾ BERNARDINO BRAVO LIRA, “El Derecho indiano después de la independencia en América española: legislación y doctrina jurídica”, en *Historia*, num. 19. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984, pp. 5-51.

⁽⁶⁰⁾ ABELARDO LEVAGGI, “Supervivencia del derecho castellano-indiano en el Río de la Plata (Siglo XIX)”, en *Jahrbuch für Geschichte von Staat Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, XII, Köln, 1985, pp. 285-294.

⁽⁶¹⁾ *Nuevos horizontes...* cit. en nota 25, pp. 107-126.

La línea de investigación sobre el derecho indiano local guarda un futuro atractivo. No solo es así por la posibilidad de profundizar diversas vertientes propias, sino como enfoque mismo del Derecho indiano. A su vez, en conexión con la línea que observa la continuidad de ese ordenamiento y cultura jurídica después de la emancipación ayuda a conocer mejor la transición hacia los actuales derechos hispanoamericanos que entonces empezaron a configurarse.

Si bien el ámbito territorial de estudio hasta ahora previsto por nosotros es el de las provincias que integran el Virreinato y después de 1810 las Provincias Unidas del Río de la Plata, estos ejemplos pueden tener un alcance comparativo de interés para otros reinos y provincias de la Monarquía española en América y también para una mejor comprensión de ese “mundo atlántico” que hoy se coloca en lugar relevante de atención en los estudios históricos de la Edad Moderna.

RAFAEL ESTRADA MICHEL

LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO.
UN ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA FORMACIÓN
DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

1. Los planes de estudio. — 2. Especialidades del saber iushistórico. — 3. Una historia de la potestas, más que de la auctoritas. — 4. Mensaje final, en el que se refiere una Historia actual.

¿Qué es lo que hace Historia del Derecho a los ejercicios historiográficos sociales, culturales, políticos incluso, que se ejercen sobre instituciones jurídicas? Su ánimo crítico, el que se hallen iluminados por la tradición milenaria de la Ciencia del Derecho y, fundamentalmente, la autonomía intelectual propia y específica del jurista, en el sentido que recientemente ha dado a la expresión Paolo Grossi ⁽¹⁾. Sobre la base de esa pregunta y esta rápida respuesta me gustaría abordar la complicada tarea de esbozar un estado del arte que se centre en el desarrollo que la Historia jurídica guarda en la República Mexicana.

Voy a comenzar advirtiendo un par de cosas: que tengo cuarenta años, los de *Quaderni Fiorentini* (¿cómo iba a saber al nacer que una bendición como esa se estaba formando junto conmigo?: literalmente puede decirse que para la disciplina me reclutó la cuna) y que lo que voy a decir sobre México no me parece necesariamente predicable de otras realidades americanas. Hablaré por tanto, con sentido local, de la formación de los abogados, de la liberación crítica de su pensamiento y de su relación con la Iushistoria en el Anáhuac.

⁽¹⁾ GROSSI, Paolo, *Docenti e studenti. Protagonisti responsabili nella costruzione della comunità universitaria. Lezione per Firenze cum laude 2011*, (Firenze University Press, Florencia, 2012).

Sin dos mexicanos que nos legó el mundo, José Miranda y Guillermo Floris Margadant, difícilmente hubiera subsistido la Historia del Derecho en los programas oficiales de estudios. De la Facultad jurisprudencial de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la más importante e influyente del país, llegó a desaparecer por algunos años. Refugio González, José Barragán, Manuel González Oropeza, Rolando Tamayo, Eduardo Luis Feher ⁽²⁾, Fernando Serrano Migallón ⁽³⁾ y José Luis Soberanes contribuyeron a revivirla y mantenerla. Ausente el concurso de Jorge Adame, que se dedicó posteriormente al desarrollo de la Romanística, con Jaime del Arenal, atento siempre a los avances de la historiografía de la Europa meridional, no se habría renovado en la centenaria Escuela Libre de Derecho (ELD), incluso siguiendo la tradición de Miguel S. Macedo, Javier de Cervantes, Francisco de Icaza, José de Jesús Ledesma, Miguel Villoro Toranzo e Íñigo Laviada. El propio Del Arenal, junto con Alejandro Mayagoitia y Salvador Cárdenas, fundó lo que sin exageración puede llamarse “Escuela iushistórica” en los estudios para abogado que se siguen en la Universidad Panamericana (UP) desde la década de 1970. A esos niveles de alta formación puede decirse que la Historia jurídica se ha apuntado algunos triunfos. Se puede afirmar, incluso, que ha sido el refugio del pensamiento atinente al *Ordo Iuris* en un medio particularmente proclive al normativismo y la reivindicación de una “legalidad” omnicompreensiva.

Los *Quaderni*, como otras grandes colecciones historiográficas sobre el pensamiento jurídico, son con todo poco citadas y empleadas por nuestros académicos. Si el trabajo de archivo es adecuado, se aprecia también un cierto alejamiento respecto del debate prevalente en los ejes universitarios del mundo. No es apreciable gran cercanía con publicaciones como *Rechtsgeschichte* o lo que fue *Ius Commune*, del Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo, ni aun con el célebre Instituto ubicado en Frankfurt, que tanto ha aportado a la renovación de los estudios iushistóricos, o con las publicaciones especializadas de las grandes universidades estadounidenses y canadienses. Con el mundo luso-hispánico el contacto es-

⁽²⁾ Además de profesor, es director de la Revista de la Facultad de Derecho.

⁽³⁾ Autor de una fundamental *Historia minima de las Constituciones en México* (El Colegio de México, 2012), fue Director de la Facultad de Derecho.

trcho se da, sobre todo, a través del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

El Mundo del Derecho, la obra más significativa de la Historia jurídica mexicana en el pasado decenio, fue coordinada por los profesores Jaime del Arenal y Elisa Speckman en el marco del Seminario para la Historia del Derecho y la Justicia, la iniciativa más ambiciosa en la materia por lo menos en los últimos años, en buena medida heredera del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho de Margadant. Una iniciativa, ahora, conjunta, puesto que se halla organizada por el Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional y por la ELD. El libro toma en el subtítulo una postura epistemológica que parece apostar por el análisis de la “cultura” antes que por el de la “experiencia”: “Aproximaciones a la cultura jurídica novohispana y mexicana (siglos XIX y XX)”. No cabe duda, sin embargo, de que coloca su atención, también, en las experiencias que el fenómeno jurídico ha venido generando en el territorio que ahora llamamos “México” a partir del poblamiento castellano, esto es, en los últimos cinco siglos (4).

En el Seminario y en sus productos editoriales, ahora encabezados por el profesor Andrés Lira, participan varios autores entre los que destacan, además de los mencionados o por mencionar en este *estado*, David Pantoja (5), Daniela Marino, Jorge Traslosheros (6), Mario Téllez, Humberto Morales, María José García Gómez, Silvestre Villegas, Juan Carlos Abreu, Raúl Pérez Johnston y varios entre quienes con ellos estudian. A pesar de su alto nivel científico resulta notable, con contadas excepciones, la falta de citación no sólo de los *Quaderni*, sino incluso de publicaciones periódicas a tal grado cercanas como el *Anuario de Historia del Derecho Español* o la *Revista* del Instituto de investigaciones de Historia del Derecho de Argentina. La influencia de Paolo Grossi y de Maurizio Fioravanti

(4) DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime y SPECKMAN GUERRA, Elisa, (coords.), *El mundo del Derecho. Aproximaciones a la cultura jurídica novohispana y mexicana (siglos XIX y XX)*, (Porrúa / UNAM / ELD, México, 2009).

(5) Su *El Supremo Poder Conservador* (El Colegio de México, México, 2005) sigue siendo el estudio más acabado sobre la influencia de Sieyès en el diseño institucional del país.

(6) Historiador de ideas y religiones que se ha acercado a lo procesal, como muestra su *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España* publicada por Porrúa.

resulta, con todo, innegable, sobre todo por lo que hace a la formulación de los puntos de partida. Del primero se editó en México, en 2004, *Derecho, Sociedad, Estado*, traducido por José Ramón Narvaez, bajo el sello, entre otros, de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, casa que otorgó al profesor florentino el doctorado *Honoris Causa* en 2006.

El Fondo de Cultura Económica (FCE), la gran editorial del Estado Mexicano, se ha esforzado también en acercar al lector hacia traducciones de literatura iushistórica, como ha ocurrido con las obras de Merryman, Pietschmann, Berman, Tarello y Bretone. Un miembro del Seminario, Pablo Mijangos, ha publicado recientemente un estado del arte sobre la Historiografía jurídica mexicana de los últimos veinte años en el que, sin mostrarse comprensivo del enfoque cultural y crítico de las formas legales que han adoptado ciertos académicos cercanos a Grossi, sí que destaca el paulatino abandono de posiciones formalistas y la adopción de esquemas cercanos a lo social y a lo institucional en el sentido norteamericano (7). Abandono semejante comienza a rendir frutos en la *Biblioteca Porrúa de Historia del Derecho e Historia Constitucional* que coordinan los profesores Juan Pablo Salazar y Alejandro Escobedo, también integrantes del Seminario (8).

Sólo contamos con una Revista especializada, ahora semestral, que es la *Revista Mexicana de Historia del Derecho* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, esbelta las más de las veces y muy joven si se considera que nació en 1989. Fue dirigida, como *Anuario*, por Beatriz Bernal y José Luis Soberanes. Ahora la dirige Oscar Cruz Barney y en ella encuentran acogida las páginas de los profesores mexicanos de mayor prestigio, buscándose que el arbitraje resulte suficientemente estricto, y reportando los resultados de

(7) MIJANGOS, Pablo, *La historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años (primera de dos partes)*, Cuaderno de trabajo, (Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2010), pp. 6-11.

(8) Ha publicado ya tres obras: el volumen colectivo *Con o sin derecho. La intervención francesa (1862-1867) y la Historia del Derecho*, compilado por Alejandro Escobedo Rojas, el también colectivo *El Senado del Estado libre y soberano de Puebla en el siglo XIX*, coordinado por Mariana Durán Márquez, y el *Ensayo sobre la función del Ejecutivo del Estado libre y soberano de Puebla (1531-2011)*, compilado también por Durán Márquez. Publica en todos los casos la editorial Porrúa con el apoyo de múltiples casas universitarias, durante 2012.

los diversos Encuentros y Congresos mexicanos de Historia del Derecho, siempre novedosos y vivificantes. Se publican periódicamente las Revistas *Investigaciones Jurídicas* de la Libre de Derecho, con frecuentes secciones monográficas dedicadas a la Historia, como que es dirigida por el iushistoriador Francisco de Icaza, y de la Panamericana, *Ars Iuris*, que en el título lleva ya la hermosa tarea de buscar la verdad jurídica para aplicarla prudencialmente a las mutantes circunstancias de lo humano. No son, sin embargo, Revistas específica (ni aún primordialmente) iushistóricas.

El Colegio de México y su *Historia Mexicana*, revista imprescindible, conservan la tradición de la alta investigación histórica del Derecho inaugurada por figuras de la talla de Edmundo O’Gorman, Silvio Zavala, Nettie Lee Benson, Luis Weckmann y José Fuentes Mares, primordialmente a través del trabajo de Andrés Lira, profesor e investigador de larga y fructífera trayectoria que incluso llegó a presidir al Colegio y que con su análisis de las parcialidades indígenas frente a la Ciudad de México en el siglo XIX abrió nuevas perspectivas a la Historia jurídico-social⁽⁹⁾. Se han privilegiado también los análisis aledaños a la Iushistoria, tal como se hace en El Colegio de Michoacán, Centro Público de Investigación con un profundo interés por los estudios de Historia y Antropología sociales que estuvo presidido por el propio Lira y por el también historiador jurista Rafael Diego Fernández.

Historia Mexicana dedicó un número específico a lo histórico-jurídico, con el título “Ley y justicia (del virreinato a la posrevolución)”. En la presentación, las profesoras Speckman y Marino afirman que el volumen “permite adentrarse... en prácticas y *experiencias* jurídicas paralelas o alternativas a la estatal, que reflejan las riquezas *culturales* y la variación en las costumbres”⁽¹⁰⁾. No defraudaron al respecto los trabajos de Traslosheros, Lira, Cárdenas, Vanesa Teitelbaum, Georgina López González, Arenal y las propias presentadoras. A pesar de ello el volumen resultó descriptivo histo-

(9) LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *Comunidades indígenas frente a la Ciudad de México. Tenochtitlan y Tlatelolco, sus pueblos y barrios, 1812-1919*, (El Colegio de México-El Colegio de Michoacán-Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Zamora, 1983).

(10) *Historia Mexicana*, volumen LV, no. 4, 220(El Colegio de México, México, abril-junio 2006), p. 1103.

riográficamente antes que crítico desde el punto de vista de las dogmáticas jurídicas imperantes en la Modernidad.

Emilio Rabasa Gamboa y José Ramón Narvárez coordinaron un libro con las preocupaciones acerca de los problemas actuales de la Historia del Derecho mexicana (Porrúa, 2007). En él, a partir de un trabajo del doctor Grossi sobre la Historia social y la dimensión jurídica, iushistoriadores mexicanos dialogan con colegas extranjeros de la talla de Fioravanti, Andrés Botero, Carlos Petit, Ricardo Fonseca y Faustino Martínez. Resulta muy interesante el contraste existente entre los problemas mexicanos, sesuda y sinceramente expuestos por Jaime del Arenal, y los europeos que Maurizio Fioravanti condensa en la necesidad de convertir a la Iushistoria en el pilar de una “alianza de juristas” que permita trascender los estrechos márgenes de la especialización legicentrista ⁽¹¹⁾.

La ELD desarrolla, desde 2005, un Seminario de investigación e intercambio permanente con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa. Profesores mexicanos, en variadas disciplinas, investigan al alimón con sus pares pisanos bajo la coordinación, primero, del profesor del Arenal y, después, de Rodolfo Gómez Alcalá. Por la parte italiana, coordina el romanista Aldo Petrucci ⁽¹²⁾. En lo que respecta a nuestra disciplina, los trabajos de los iushistoriadores, en particular de Andrea Landí, han enriquecido y otorgado sentidos a los volúmenes colectivos *La Crisis de la Ley y Principios y Reglas*. El diálogo con romanistas, constitucionalistas, civilistas y filósofos ha alcanzado niveles que entusiasman, si bien es de lamentarse el más que reducido tiraje de las ediciones que contienen, además, los trabajos en el original castellano o italiano ⁽¹³⁾.

Descritas así las situaciones, ¿puede hablarse, como lo hizo Jaime del Arenal hace unos años, de una “escuela mexicana de

⁽¹¹⁾ NARVÁEZ, José Ramón y RABASA GAMBOA, Emilio, (coords.), *Problemas actuales de la Historia del Derecho en México*, (Porrúa / ITESM, México, 2007).

⁽¹²⁾ Petrucci ha hecho notar su influencia sobre notables y jóvenes romanistas mexicanos como Yuri González Roldán y Carlos Soriano Cienfuegos, quien además preside la Comisión de Historia del Derecho del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, misma que mantiene mensualmente fructíferas reuniones de estudio.

⁽¹³⁾ ESTRADA MICHEL, Rafael (coord.), *La crisis de la ley*, (ELD / Universidad de Pisa, México, 2007) y *Principios y reglas*, (ELD / Universidad de Pisa, México, 2010).

historiadores del Derecho”? (14) Para ello tendríamos que mostrar primero qué es lo que escuela semejante ofrecería como novedad frente a otras propuestas historiográficas. Queda claro, por supuesto, que el magisterio de Margadant, Icaza, Lira, Adame, Arenal, Mayagoitia, José Manuel Villalpando, abogado e historiador que dirigió entre 2006 y 2012 el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) (15), Cárdenas, Barragán, José Gamas Torruco, Soberanes, Refugio González, González Oropeza, Luis Raigosa, Diego Fernández, José Ignacio Echegaray, Sergio Vela, Alejandro de Antuñano, Cruz Barney y un largo etcétera debe rescatarse, puesto que ha ido formando concienzuda y lentamente un discipulado, pero resulta insuficiente para deslindar la existencia de una “escuela” propiamente dicha. En la Manualística (16) destacan, desde luego, Miguel S. Macedo (17), Toribio Esquivel Obregón (18), Cervantes (19), Floris Margadant (quien llegó a hablar de la bajomedieval como de una “*segunda vida del Derecho Romano*”) (20) y, más recientemente, Cruz Barney (21), Pérez de los Reyes (22),

(14) DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, “La ‘escuela’ mexicana de historiadores del Derecho”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, no. XVIII, (IIJ / UNAM, México, 2006).

(15) Además de autor de una copiosa obra de divulgación histórica no exenta de matices jurídicos, puesto que ha analizado el desarrollo del Derecho militar mexicano, los fundamentos históricos de las Leyes de Reforma y la causa penal seguida al emperador Maximiliano en 1867.

(16) SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Ensayo bibliohemerográfico y documental de Historia del Derecho Mexicano*, (IIJ / UNAM, México, 2011).

(17) Sus *Apuntes para la historia del Derecho Penal mexicano* (1931) fueron reeditados en 2010 por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

(18) Los cuatro volúmenes de sus tardíos *Apuntes para la Historia del Derecho en México* siguen siendo publicados por la editorial Porrúa.

(19) En 1978 la Dra. María del Refugio González publicó, en la UNAM, sus apuntes de clase con el título *La tradición jurídica de Occidente*.

(20) MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 7ª. ed., (Miguel Ángel Porrúa, México, 2011).

(21) CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del Derecho en México*, 2ª. ed., (Oxford University Press, México, 2004).

(22) PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, tres tomos, (Oxford University Press, México, 2003).

Icaza ⁽²³⁾, Ledesma ⁽²⁴⁾, Bernal ⁽²⁵⁾, González ⁽²⁶⁾, Soberanes ⁽²⁷⁾, Pampillo ⁽²⁸⁾, Echegaray ⁽²⁹⁾, etcétera. A últimas fechas se publicó en España el *Manual* de Cruz Barney sobre Derecho indiano ⁽³⁰⁾. Casi todos los Manuales sobre México muestran, con *Plus Ultra*, que la exposición del Derecho mexicano no ha alcanzado emancipación respecto del tema, que lo excede, Indiano. En consecuencia, la Historia constitucional del Ochocientos ha resultado problemática y en no pocos casos ha tendido a la simplificación.

Por lo general no se sigue en las exposiciones panorámicas el esquema propuesto recientemente por Pietro Costa, que da cuenta de la diferencia existente, a la hora de crear el Derecho, entre legicentrismo, sofocratismo y jurisprudencialismo, si bien recalcando la importancia de analizar integralmente, sin exclusiones, los tres complejos “componentes de la experiencia jurídica” ⁽³¹⁾. En *El Mundo del Derecho* se distingue entre Esquemas y modelos legales,

⁽²³⁾ Su magnífico *Plus Ultra* es mucho más que un Manual constreñido a desarrollar un programa escolar: es una erudita reflexión sobre la Historia de México desde una perspectiva iushistórica admirable, si bien se detiene prácticamente en 1821. ICAZA DUFOUR, Francisco de, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias (1492-1898)*, (Porrúa / ELD, México, 2008).

⁽²⁴⁾ LEDESMA URIBE, José de Jesús, *El cristianismo en el Derecho Romano*, (Porrúa, México, 2008).

⁽²⁵⁾ BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos neorromanistas*, varias ediciones en Editorial Porrúa.

⁽²⁶⁾ GONZÁLEZ, María del Refugio, *Historia del Derecho Mexicano*, (UNAM, México, 1981).

⁽²⁷⁾ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, (Porrúa, México, 2001).

⁽²⁸⁾ PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, (Oxford University Press, México, 2008). El autor ha coordinado, recientemente y en conjunto con Salvador Cárdenas, el volumen dedicado a la Historia del Derecho en la *Obra jurídica enciclopédica en homenaje al centenario de la ELD*, (México, 2012), aunque sin pretensiones sistematizadoras.

⁽²⁹⁾ ECHEGARAY, José Ignacio, *Compendio de Historia General del Derecho*, (Porrúa, México, 1994).

⁽³⁰⁾ CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del Derecho Indiano*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).

⁽³¹⁾ COSTA, Pietro, “Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un ‘castello dei destini incrociati?’”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no. 40, (Giuffrè Editore, Milán, 2011), I, pp. 1-18.

actores (incluyendo cuerpos de abogados y doctrina de juristas) e Historia de la justicia. Pero, en realidad, la preocupación por los orígenes creativos de lo jurídico es bastante ajena al quehacer académico mexicano. Pareciera que todo termina proviniendo de un inasible y omnipresente legislador, se halle o no en funciones materialmente legislativas.

Hay pocas obras centradas en la labor de juristas y jueces, más allá de las apologéticas comunes. Alejandro Mayagoitia y Salvador Cárdenas, con todo, han dedicado buena parte de sus esfuerzos a la prosopografía, incluyendo análisis de la obra de jueces y de integrantes del Ilustre Colegio de Abogados, el más antiguo de América, fundado en el ecuador del Siglo de las Luces. El profesor Cárdenas dirige una tesis doctoral, la de María Audry, dedicada a develar la influencia de la Escuela histórica alemana en el México del tardío Ochocientos. Juan Pablo Salazar ha llamado la atención sobre figuras del episcopado poblano muy cercanas a la creación jurídica. Poco más hay. Se impone una reflexión, con perspectiva histórica y crítica, acerca de la colegiación obligatoria de los abogados, misma que desapareció en la última mitad del Ochocientos de la mano de un individualismo más escenificado y tramposo que liberal y anti-corporativo. El derecho de juristas sigue siendo, en buena medida, “un tema ignorado por la historiografía mexicana” como señaló en 1991 el profesor del Arenal.

Las carencias hallan encuadre en una actitud epistemológica más general, que se resiste con fuerza a posiciones superadoras del legicentrismo. En nuestro medio aparecen frecuentemente como poco científicas, poco asépticas, las posturas que pretenden emanciparse de la literalidad codificada. Preocupa, dado que hemos experimentado a partir de 1988 un lento aunque continuo proceso de transición democrática en el que se ha esperado demasiado de la ley y sus reformas, sin reparar en ordenamientos efectivamente justicieros, justiciables y, por tanto, jurídicos. La Historia del Derecho no ha poseído la potencia suficiente para ejercer la indispensable crítica hacia las formas legales y hacia la frecuentísima confusión entre contenidos y continentes. Se siguen escuchando con desparpajo (y no sólo en el discurso político) expresiones que atribuyen a la Ley, cualquiera que esta sea y lo que contenga, facultades taumáturgicas capaces de garantizar la Igualdad y la Libertad eternamente

y con una perfección digna de relojería. Si Octavio Paz, nuestro Nobel de Literatura, llamaba a hacer la crítica del piramidalmente azteca sistema político, hace tiempo que se echa en falta la crítica de la pirámide normativa.

1. *Los planes de estudio.*

Los profesores de Historia jurídica nos enfrentamos, en México, a una tradición jacobina y voluntarista más que centenaria. Pocas facultades conservan los dos cursos de Derecho Romano y los dos de Historia, Mexicana y Universal. Si a ello se suma el poco interés que existe por el Derecho Comparado y el práctico desconocimiento del Latín, el resultado es que tenemos muy pocos abogados que sepan con precisión qué es el *Ius Commune*. El Código, en cambio, es visto como una conquista cultural. En no pocas ocasiones se le considera motivo para brindis y soflamas hagiográficas. Existen muy pocos acercamientos críticos a su contenido y preocupa lo poco acendrado del mensaje transmitido por ciertos profesores en el sentido de que la experiencia del Derecho y la eventual generación de una cultura jurídica no pueden restringirse a lo puramente legal.

En pocas disciplinas resulta tan exacto el aforismo del *General en su Laberinto*, la gran novela histórica de García Márquez: déjenos tener en paz nuestra Edad Media. Sería apetecible no tener que acercarnos a nuestra etapa formativa con categorías fabricadas para explicar fenómenos europeos y/o asiáticos. La cultura estatista, sin embargo, sigue siendo determinante, acaso en razón de su precoz fortaleza expresada como en ningún sitio en las Leyes de Indias, recopiladas hacia 1680. A ello ha contribuido el hecho innegable de que la Historiografía patria se dedicó por décadas a justificar, más que a explicar, el proceso de consolidación de las potestades estatales en una tríada con pretensiones de perfección que viajó del Estado independiente al revolucionario pasando por el liberal.

Los cursos con acento histórico van desapareciendo o reduciéndose a nivel licenciatura, salvo en contadas instituciones: UNAM, ELD, UP, Universidad La Salle, Universidad Iberoamericana, Universidad Anáhuac, Autónoma Metropolitana, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) e Instituto Tecnológico Autónomo de México, estas dos últimas instituciones con una peculiar

atención en la alta formación científica con posiciones cercanas a las de la Filosofía analítica, críticas en cuanto a la función y utilidad del Derecho Romano. Hace tiempo que los estudios de Derecho Canónico se perdieron, salvo en Seminarios eclesiásticos y en la Pontificia Universidad de México que incluso ofrece, tímidamente, la licenciatura correspondiente. En el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, la institución privada con mayor número de alumnos atendidos, la carrera de Derecho limitó los cursos de Historia Universal, Iushistoria de México y Derecho Romano a un solo curso que pretende combinarlo todo en el corto espacio de un semestre.

En razón de la descentralización autonómica, situaciones variopintas se observan en diversas e importantes instituciones de la red de Universidades Autónomas en los Estados federados a la Unión mexicana, algunas de ellas importantísimas por su tamaño e historial, como las de Puebla, la Universidad Veracruzana, la Universidad Autónoma del Estado de México, la Universidad Autónoma de Nuevo León y la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, que llegó a hallarse presidida por el iushistoriador Jaime Hernández Díaz, pluma notable en materia histórica iuspublicística. La Antropología jurídica, tan vital en un país pluricultural regido en porcentajes crecientes por usos y costumbres que procesalmente requieren peritaje antropológico, prácticamente no se estudia en las Facultades de Derecho. Si a ello se suma nuestro tradicional y asfixiante centralismo cultural, la prospectiva no aparece favorable.

En el postgrado, más allá de recuentos legicéntricos y de repastos de lo que debió verse en el pregrado, hay muy poco. Muchos de los programas postgraduales en Derecho que durante los fines de semana se ofrecen en las provincias se ocupan de la “Historia del Derecho” en forma genérica, casi nunca especializada, y bajo la chocante consideración de “antecedentes” tan propia también de nuestras tesis de grado, siempre teleológicas o meramente anacrónicas. La producción suele ser escasa si se la compara con el altísimo número de programas jurídicos que se ofrecen a todo lo ancho de la República, y pobre en lo que al nivel científico y original se refiere. Poquísimas tesis doctorales en la materia se trabajan actualmente, tanto en México como financiadas en el extranjero por instituciones mexicanas.

Destacan los intereses por exponer una Historia de los Derechos Humanos en el Centro Nacional de Derechos Humanos, que condujo la profesora María del Refugio González, así como en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, en la Universidad del Claustro de Sor Juana, en la Iberoamericana y en la obra de Israel Covarrubias, traductor de Pietro Costa, Miguel Carbonell, Rigoberto Ortiz y José Ramón Narváez. Vivificante y todo, hay que tener cuidado con la Historia de los Derechos básicos, pues pareciera que todo puede tener cabida en sus análisis: la delgada línea entre los derechos fundamentales y los que no lo son se va diluyendo en forma inquietante. Parece problemático, además, historiar entes con pretensiones universales y eternas sin siquiera reparar en la paradoja.

2. *Especialidades del saber iushistórico.*

Se ha avanzado más en la Historia de la Justicia que en otras ramas. Sin embargo, acaso por nuestro precoz estatismo, siguen teniendo mayor cartel las historias legolátricas y los anecdóticos parlamentarios. Algunos trabajos son auténticos listados, interminables, de leyes. Por otro lado, la Historia de la Justicia no ha sido necesariamente historia jurisprudencial, quizá por nuestra secular tendencia a confundir legalidad con constitucionalidad y derechos. Aunque se aprecian esfuerzos, carecemos todavía de un estudio certero que explique, conforme al esquema de Fioravanti, la superación del Estado jurisdiccional y de la Constitución estamental novohispana, así como la entusiasta, si selectiva, asunción del Absolutismo legal entre 1767 y 1884.

En cuanto al siglo XIX, nuestros acercamientos están marcados por una profunda relación, no siempre fecunda, con la historiografía española. Caemos, yo el primero, en un gaditanismo que deja sin explicar zonas amplias de nuestro Ochocientos y que cuenta, para nuestra fortuna, con asideros sólidos y cercanos como los de Marta Lorente y José María Portillo. Nuestros análisis, en ocasiones muy afortunados, del binomio *Historia y Constitución* dependen en demasía de la historiografía española, como prueban un fundacional número de la revista *Istor* del CIDE y un volumen que con el mismo título publicó Carlos Garriga tras un coloquio celebrado en el

Instituto José María Luis Mora, otra de las instituciones públicas que encabezan los esfuerzos iushistoriográficos. En el volumen coordinado por el historiador italiano Antonio Annino para la importante Historia bicentenario del FCE, CIDE e INEHRM, se postula la existencia de una “revolución novohispana” abierta en 1808 sin que se considere necesario incluir a ningún novohispano: ni un solo historiador nacido en México para postular una idea tan fuerte y tan, literalmente, revolucionaria ⁽³²⁾. Más allá de reclamos sentimentales y nacionalistas, habrá que reflexionar en torno a lo que auténticamente pueda estar provocando que los trabajos de historiadores juristas mexicanos no sean atractivos para los especialistas más allá de nuestras fronteras.

Un importante volumen colectivo de Historia constitucional ha sido coordinado por un par de historiadoras no juristas (Cecilia Noriega y Alicia Salmerón) y publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ⁽³³⁾, tribunal que también ha publicado notables cuerpos documentales relativos a la Historia de la Justicia, a la obra de los juristas y al magisterio de profesores en forma de apuntes, con frecuencia bajo la atinada dirección de un iushistoriador en funciones de juzgador, Manuel González Oropeza, académico de fructíferas inquietudes que ha reunido también, con su discípulo David Cienfuegos, el importante *Digesto constitucional mexicano*. Alvaro Arreola, sociólogo, acaba de publicar la Ley electoral de 1911 (la primera tras la Revolución) con un concienzudo estudio preliminar que difícilmente podría calificarse sino como iushistórico.

La visión grossiana del orden jurídico goza de mayor aceptación entre antropólogos, sociólogos y filósofos, lectores al fin y al cabo de Elias, Agamben y Capella, que entre abogados e historiadores “puros”, defensores de una vacua “cultura de la legalidad” que en realidad nadie se ha preocupado por definir. Deriva sin duda del

⁽³²⁾ ANNINO, Antonio (coord.), *La revolución novohispana, 1808-1821*, (Colección Historia crítica de las modernizaciones en México, FCE / CONACULTA / INEHRM / CIDE / Fundación Cultural de la Ciudad de México, México, 2010).

⁽³³⁾ NORIEGA ELÍO, Cecilia y SALMERÓN CASTRO, Alicia (coords.), *Un siglo de Historia constitucional (1808-1917)*, (Suprema Corte de Justicia de la Nación / Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, México, 2009).

vicio exactista que hace cien años denunció Emilio Rabasa: un vicio que ha hecho a nuestros artículos constitucionales proclamar que tenemos el derecho (fundamental, se entiende) a la “exacta aplicación de la ley”, cualquiera que ésta sea y verse sobre lo que verse. De ahí también que los trabajos sobre Derecho e Historia Constitucional sean legión (aunque sin delimitar con exactitud su objeto de estudio) mientras que ramas como la Historia del Derecho Civil o del Penal, tan propias del estudio sofocrático, se hallen hasta cierto punto abandonadas.

Ya que hablamos de objetos de estudio, es pertinente señalar que tampoco se ha solventado con seriedad la discusión en torno a lo que practicamos los iushistoriadores: si se trata de una historia social de la experiencia jurídica, de una historia de la cultura jurídica, de una historia de las mentalidades, de una historia de los modelos normativos o de una historia institucional. Por eso se cae recurrentemente en la historia de las leyes, sin mayor preocupación por su impacto y efectividad. Los diversos saberes especiales suelen confundirse y ser tratados como sinónimos. Carlos Marichal y Leonor Ludlow, que han aportado tantas cosas a la Historia económica a través de sus estudios de la fiscalidad, no han hallado la comprensión deseable en una Historia jurídica que debería sentir algún aprecio por la Historia del Derecho tributario. Óscar Cruz se ha cuestionado incluso, al comenzar su *Manual*, si lo que hacemos es Derecho o Historia ⁽³⁴⁾. En fin, que la cuestión sigue en el aire en parte por lo ajeno que nos resulta el debate universitario extranjero, según he tratado de demostrar.

Las teorías críticas del Derecho, principalmente la relacionada con el uso alternativo del ordenamiento, han comenzado a delinear lo que podríamos llamar “Jurisprudencia de la liberación”. Con una Teología liberadora, también cuarentona, parece que en México en general, como ha ocurrido en toda América Latina, se ha desperdiciado la oportunidad de cuestionar la ley desde la perspectiva paulina o desde la atalaya más franciscana del *Eros* frente al *logos*. Parece increíble en sociedades impactadas definitivamente en el Quinientos pero así es, acaso por tratarse las Indias del gran

(34) CRUZ, *Historia del Derecho en México*, p. XXVI.

experimento del Racionalismo, acaso por nuestras siempre inacabadas tradiciones jacobinas. El caso es que el Código, esa mutilación del *Eros* en el *Ius*, no ha sido criticado estructuralmente por la Historia del Derecho mexicana, que sigue siendo historiografía de las fuentes normativas: la liberación sigue buscándose a través de la letra de la ley. No se lee con suficiencia al Leonardo Boff de *San Francisco. Ternura y vigor*, ni a Luis Gómez Romero con su *Tiempo de los débiles*, mientras que la perspectiva que abren las novelas del líder de las víctimas del crimen organizado, Javier Sicilia (*El reflejo de lo oscuro*, *El fondo de la noche*), rara vez se asume en términos de revelación iushistórica por lo que las dimensiones penales del garantismo no alcanzan solidez frente a, por ejemplo, un Derecho Penal del enemigo cada día más interiorizado y asumido como necesario. Y encima hay quien cuestiona la utilización de métodos históricos en los acercamientos al Derecho punitivo. Es difícil, sobre estas bases, migrar hacia posiciones cercanas a la historia de la experiencia jurídica efectiva.

Hay trabajos de innegable trascendencia, sobre todo en torno a figuras de la jurisprudencia liberadora como Vasco de Quiroga y Bartolomé de las Casas. Jesús Antonio de la Torre Rangel ha escrito inclusive un *Manual*, vivificante sin duda, por cuanto acerca a los estudiantes del pregrado a nuestra disciplina desde la urgente asignatura pendiente de las realidades sociales olvidadas ⁽³⁵⁾. Carlos Herrejón, historiador no jurista, escribió un magnífico estudio preliminar a la *Información en Derecho*, de Quiroga, tal vez el mejor opúsculo jurídico que se haya escrito en México ⁽³⁶⁾. Y Salvador Cárdenas, en los fundamentos metódicos que brinda a *El Mundo del Derecho*, cuestiona la versión mecanicista moderna que hace del Código una especie de infalible recetario de la Razón, un conjunto de teoremas matemáticos cuyas soluciones simplemente hay que deducir para encontrar la presunta respuesta legal a todo problema derivado de la realidad en aplicación de una exacta y universal

⁽³⁵⁾ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*, (Porrúa, México, 2005).

⁽³⁶⁾ QUIROGA, Vasco de, *Información en Derecho*, introducción y notas de Carlos HERREJÓN PEREDO, (Cien de México / SEP, México, 1985).

Ciencia de la Legislación a lo Filangieri ⁽³⁷⁾. Lleva razón: hemos pretendido en México terminar con las diversidades antes que procurarles unidad, y por ello es que nos apasiona no el Orden sino el vademécum.

No ha sido posible llevar a buen término una investigación histórico crítica sobre sistemas procesales penales, superación del mecanismo inquisitivo y establecimiento del Ministerio público. Los recuentos históricos tienden a concentrarse en los cambios institucionales sufridos por las partes que intervienen en el proceso penal a nivel legal. Ni siquiera se ha reparado mayormente en la “desolación de la quimera” en el México del Ochocientos, denunciada hace años por Bartolomé Clavero en *Happy Constitution* en relación con el juicio por jurados. Excepción relevante se halla integrada por los trabajos de José Antonio Caballero, iushistoriador muy preparado que ha dirigido el Departamento de Derecho del CIDE, si bien han migrado hacia perspectivas más propias de la Sociología o del Derecho procesal ⁽³⁸⁾, por el estudio de Adriana Terán sobre la justicia penal en el período borbónico ⁽³⁹⁾ y, por supuesto, por los estudios iniciados por Elisa Speckman con la publicación de su *Crimen y Castigo* ⁽⁴⁰⁾. Un acercamiento interesante se dio durante 2010, con ocasión de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia nacional, con la publicación del volumen coordinado por Francisco Ibarra Palafox en el que se analizan los procesos penales incoados a los personajes relevantes del periplo 1808-

⁽³⁷⁾ CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “Cultura jurídica”, en ARENAL y SPECKMAN (coords.), *El Mundo...*, p. 17.

⁽³⁸⁾ CABALLERO JUÁREZ, José Antonio y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., “El malestar en el proceso. Análisis de los problemas en el procedimiento penal mexicano”, en *Criminalia*, LXX.3, (Porrúa / Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 2004).

⁽³⁹⁾ TERÁN ENRÍQUEZ, Adriana, *Justicia y crimen en la Nueva España, siglo XVIII*, (Porrúa, México, 2007).

⁽⁴⁰⁾ SPECKMAN GUERRA, Elisa, *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, (El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos / UNAM / Instituto de Investigaciones Históricas, México, 1992).

1821 ⁽⁴¹⁾. Por lo demás, la dogmática mexicana del Derecho Penal, obsesionada con hallar la definitiva Teoría del delito, acepta de muy mala gana que la Historia, incluso la pedestre Historia de los diseños y prácticas procesales, pueda reportarle alguna enseñanza. El Instituto Nacional de Ciencias Penales, con todo, se ha empeñado en publicar títulos literarios clásicos vinculados con la existencial realidad carcelaria y con las técnicas de investigación criminalista ⁽⁴²⁾.

No se ha hecho, mayormente, historia de la “observación del ordenamiento” en el sentido que le da Grossi en la *Prima lezione*. Ello explica que no exista entre los historiadores una preocupación radical por la Sociología jurídica similar a la que han tenido Israel Covarrubias, Martín Díaz y Díaz, Rolando Cañas y Clemente Valdés, quien ha cuestionado con dureza el proceso de “invención del Estado” y su corolario, “la Constitución como instrumento de dominio”. La simulación formalista, en algunos aspectos más que evidente, no termina por constituir un área de interés crítico para investigadores y prácticos del Derecho. La generación de una cultura valoral del ordenamiento constitucional no permea más allá de referencias vacuas a la necesidad de hacer que los estudiantes, a todos los niveles, aprendan de memoria artículos de la Constitución de 1917. Acaso por la ausencia de perspectiva crítica, somos poco dados a contrastar las realidades sociales, algunas de ellas apremiantes, con su traducción al lenguaje del Derecho y, cosa más importante, con la interiorización de sus valores en individuos, grupos y conjuntos sociales.

Tras los discípulos directos de Emilio Rabasa — Manuel Herrera y Lasso, Felipe Tena Ramírez y F. Jorge Gaxiola — cada vez va siendo más difícil encontrar, en razón de la especialización galopante, constitucionalistas a quienes les preocupen los grandes temas de la configuración jurídico-política, por ejemplo el de los fundamentos históricos, sociológicos y antropológicos del Estado constitucional. Hay cosas que con el paso del tiempo y de las

⁽⁴¹⁾ IBARRA PALAFOX, Francisco (coord.), *Juicios y causas procesales en la Independencia Mexicana*, (Senado de la República / UNAM / IJ, México, 2010).

⁽⁴²⁾ MORENO GONZÁLEZ, Rafael, *Sherlock Holmes y la investigación criminalística*, (INACIPE, México, 2009); WILDE, Óscar, *El hombre y la cárcel*, 2ª ed., (INACIPE, México, 2012); LOMBROSO, Gina, *Vida de Lombroso*, (INACIPE, México, 2009).

generaciones que se forman en el Derecho damos por descontadas. Es el caso del Estado, que pareciera que ha existido siempre y que existirá para siempre. Nada más falso.

Los fundamentos del Estado que llama “liberal” son buscados por Judith Aguirre en una tesis doctoral salmantina dirigida por la profesora Ángela Figueruelo ⁽⁴³⁾. Adelanto la conclusión a la que llega, pues es interesante: nuestro liberalismo ha sido, si no una falsificación sí al menos una mistificación: un mito unificador justificativo de la toma de ciertas decisiones, pero incompatible con nuestra acendrada (y entusiasta) cultura estamental.

La definición de Estado liberal como tipo de Estado de la que parte Aguirre, que es la de Manuel García Pelayo y que se refiere al Estado liberal como aquel que se resiste y evita entrar al terreno de las definiciones vitales de sus integrantes individuales, esto es, de su población, debe ser tomada a beneficio de inventario. Piénsese simplemente en la capacidad que el Estado moderno ha tenido para definir, a raíz de la codificación, lo que todos, sin excepción, hemos de entender por “mutuo con intereses”, “lesiones”, “acto de comercio”, “matrimonio” o “debido proceso”. Es, sin embargo, interesante que el punto de partida permita llegar a conclusiones parecidas a aquellas que corresponden a análisis más críticos respecto de las veras miras del Leviatán y su proyecto de desmontaje del Estado jurisdiccional y de la Constitución estamental, cuando menos por lo que a México respecta.

Judith Aguirre analiza con muy buen sentido, como no se había hecho en México sino por Jesús Silva-Herzog Márquez, lo que a la teoría constitucional aportó el decisionismo de Carl Schmitt. Las normas regulan la vida ordinaria del Estado, no así lo excepcional: soberano es quien decide en situación de excepción. Lo curioso en nuestro caso es que la excepción se ha convertido en regla: un Derecho constitucional anticorporativo, liberal, que sin embargo parece satisfecho al mantener ciertos estamentos, en forma ciertamente selectiva pero también poco liberal. Me parece que estamos ante el legado de Porfirio Díaz, el gran general liberal que empleó al liberalismo (y a la democracia electoral falsificada) como pretexto

⁽⁴³⁾ AGUIRRE MORENO, Judith, *El constitucionalismo mexicano. Entre liberalismo y democracia*, (Porrúa, México, 2011).

para la atemporal consolidación de su *potestas* entre los años 1876 y 1910.

No queda muy clara la contraposición que la autora propone entre el liberalismo y la democracia, si bien se comprende perfectamente la idea de superar el viejo lugar común historiográfico que identifica sustancialmente, en México, liberalismo con democracia y federalismo. Lo que no se aclara es el papel que el principio democrático ha jugado en el desarrollo histórico de la Constitución mixta o moderada, una falencia común a nuestros constitucionalistas. Preocupa, en todo caso, que las eventuales aportaciones provengan de la dogmática constitucional y no de la Iushistoria propiamente dicha.

Y es que el camino profesional del historiador del Derecho en México sigue sin distinguirse claramente. Sus salidas laborales son inciertas y la ocupación del Iushistoriador es quizá la menos apetecida entre las que corresponden a la práctica del Derecho. En las Facultades de Derecho la cátedra de Historia suele asignarse a profesores primerizos, meritorios que tienden a otras asignaturas más “prácticas”, “importantes” y valoradas. Si a ello sumamos la deficiente preparación a la que nos hemos referido, el coctel se torna explosivo y, en definitiva, inocuo para la enorme tarea que la Historia jurídica debe desempeñar en la formación de los abogados.

Tampoco parece muy clara la distinción entre el objeto de estudio de la Iushistoria mexicana y el de la Teoría o Filosofía acerca del Derecho y de la idea jurídica. Como hemos visto, los cursos de Historia suelen ser recuentos de legislación, o bien explicaciones de lo que el profesor o autor considera es el acercamiento adecuado a una concepción del Derecho, con los consecuentes riesgos de ideologización. Es difícil, pues, que la Historia cumpla con su papel de “saludable escuela de relativización”, para decirlo en los sabios términos de Francisco Tomás y Valiente.

Resulta complicado reportar aportaciones mexicanas a la Historia universal o siquiera occidental del Derecho. En esto la Iushistoriografía padece el vicio genérico de la Historiografía mexicana, obsesionada con mirarse el ombligo y reacia a traspasar las fronteras de lo “mexicano”. A tal grado se presenta el problema que ni siquiera hemos tenido un debate serio acerca de si existe tal cosa como un “Derecho mexicano” o si estamos simplemente frente a la

peculiar recepción de un fenómeno romano-canónico: en la confección de planes de estudios se sigue debatiendo, sin casi argumentar, si estudiamos “Historia del Derecho *en México*” o “Historia del Derecho *Mexicano*”. ¿Mestizaje jurídico? El problema epistemológico lo traté, sin mayor eco, en un libro coordinado por el historiador general Enrique Krauze (44).

“Iushistoria de México”, una renovación epistemológica y metodológica que parece tan importante, es término que goza de poca aceptación. La idea de acercarse a la compleja idea de lo mexicano a través del prisma que ofrece, generosa, la Historia del Derecho, sigue pareciendo extravagante, acaso en razón de que suele asociársele a la Historia de la legislación y no a la de la cultura o a la de las mentalidades. Curioso, ciertamente, dado que puede hacerse Iushistoria integral de los siglos XIX y XX (Independencia respecto de España, Guerra de Texas, Invasión estadounidense, Reforma liberal, Intervención francesa, dictadura de Díaz, Revolución social, gobiernos postrevolucionarios, transición democrática) con muy buenos resultados para la comprensión de la fenomenología de lo mexicano, cuestión tan debatida, acuciante e intrigante que ha preocupado secularmente a nuestras mejores plumas.

El concepto de recepción, en países de mestizaje cultural continuo y profundo, adquiere una importancia capital. Sorprende por tanto la frecuente indiferencia que encontramos hacia él, y no me refiero únicamente al encuentro, a veces colisión, de la dogmática europea del *Ius Commune* con los usos y costumbres de los pueblos indígenas originarios de la Nueva España. Incluso hoy, al comenzar el milenio, se echan en falta estudios sobre la recepción (o falta de ella) de Brunner, Viehweg, Wieacker, Grossi, Fioravanti, Costa, Sbriccolli, Sordi, Altamira (que vivió y produjo en México tras la Guerra Civil española), García-Gallo, Stolleis, Aymés, Tomás y Valiente, González Alonso, Gibert, Hespanha, Clavero, Garriga y tantos otros, pero también de Habermas, Elías, Foucault, Luhmann, el multicitado Ferrajoli, Kennedy, Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, etcétera. Pareciera que hemos capitulado en favor de filósofos e

(44) ESTRADA MICHEL, Rafael, “Mestizaje jurídico”, en KRAUZE, Enrique (coord.), *El mestizaje mexicano*, (Fundación BBVA Bancomer / Clío / GM Editores Espejo de Obsidiana, México, 2010), pp. 90-114.

historiadores de la Filosofía cuyas perspectivas, inevitablemente, difieren de las que son más caras y útiles a la Iushistoria.

Se ha confundido la historia general del México del siglo XVI (conquista, evangelización, colonización) con la historia del Derecho propiamente dicha. En ese sentido, la Iushistoria ha sido una de las áreas, por nos decir el área, que ha dado una visión equilibrada, justa, de los siglos virreinales. El ejemplo clásico, la encomienda en la obra de Zavala. *Plus Ultra*, el manual de Icaza, erudito monumento proveniente de décadas enteras dedicadas a la docencia, así como las obras de Jesús Antonio de la Torre Rangel sobre Las Casas, Julián Garcés ⁽⁴⁵⁾ y los teólogos juristas españoles, la de Miguel Ángel Fernández sobre Vasco de Quiroga, las *Memorias del Congreso del Instituto de Historia del Derecho Indiano* celebrado en Puebla, coordinadas por Salazar, y desde luego las *Ideas tempranas sobre política social en Indias*, de Guillermo López de Lara, han contribuido en amplio grado a tal renovación epistemológica, que ya pasa del medio siglo. Filósofos destacados, como Ambrosio Velasco Gómez, que dirigiera la Facultad de Filosofía y Letras, o Mauricio Beuchot, de amplia trayectoria en temas cercanos a la garantía de los Derechos Humanos, han tomado, con todo, una renovada delantera.

En cuanto al XIX, la historia del juicio de amparo, que debería ser historia del debido proceso, se resiste a asumirse como historia cultural. Lo supo ver Lira en su libro ya clásico sobre los orígenes virreinales del juicio de garantías ⁽⁴⁶⁾, así como se preocupó por el legicentrismo en sus estudios sobre el contencioso administrativo, pero no ha hallado el eco debido en las nuevas generaciones, salvo por lo que hace a contadas excepciones que vinculan con solvencia lo jurídico con lo cultural y lo social ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "A 475 años: recuerdo y actualidad de la encíclica *Sublimis Deus*, como proclamación de derechos humanos", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, no. 36, (ELD, México, 2012), pp. 95-130.

⁽⁴⁶⁾ LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (antecedentes novohispanos del juicio de amparo)* (FCE, México, 1972).

⁽⁴⁷⁾ RHI SAUSI G., María José, "Derecho y garantías: el juicio de amparo y la modernización jurídica liberal" PANI, Érika (coord.), *Nación, Constitución y Reforma, 1821-1908*, (Historia crítica de las modernizaciones en México, CIDE/ FCE / CONACULTA / INEHRM, Fundación Cultural de la Ciudad de México, México, 2010), pp. 120-162; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El juicio de*

Para Emilio Rabasa ⁽⁴⁸⁾ el juicio de Amparo constituyó un punto de contacto entre el pueblo y la Constitución y, en cierto modo, la base del débil, pero al fin presente, sentimiento constitucional que para 1910 había cumplido ya los cincuenta años. Sin embargo ese sentimiento constitucional, ajeno a la división orgánica de poderes que o bien había sido subvertida o bien simplemente no se había aplicado, llevaba en el seno el germen de su propia miseria: los vicios, incluso los meramente procesales, del venerable juicio fueron los vicios de nuestra incipiente cultura constitucional, en particular por lo que hace a la obsesión por una imposible aplicación “exacta” de la ley, como señaló el propio autor en su ensayo *El artículo 14: estudio constitucional* de 1906. Don Daniel Cosío Villegas, destacadísimo caudillo cultural que fundó instituciones señeras como el Fondo de Cultura Económica y El Colegio de México, habiendo abandonado la carrera de Derecho para dedicarse en plenitud a la Historia de los procesos políticos, criticó la perspectiva rabasiana que veía en la Constitución de 1857, consolidadora del Amparo, justo el arreglo institucional que impedía la superación del legicentrismo. Se equivocó: la célebre generación liberal consolidó el legalismo mexicano y, lo que acaso es peor, desvinculó para siempre a la realidad sociológica de la que debiera ser su correspondencia normativa. A la Iushistoria constitucional mexicana, a partir de denuncias semejantes a las de Cosío, le quedó ese dejo acrítico y ese tufillo sospechoso frente a la revolucionaria tarea de construcción nacional a los que ya nos hemos referido. Las modernas generaciones de abogados no han sido formadas en ella: Rabasa es citado en encendidas soflamas pseudoacadémicas pero no es leído ni, mucho menos, comprendido.

Así las cosas, la historia constitucional mexicana no se ha ocupado de analizar el juego, aparentemente contradictorio, que existe entre las categorías de Historia, Razón y Voluntad. Ha sido acrítica en el análisis del capricho del legislador, sobre todo del legislador constituyente. De hecho puede decirse que a pesar de la tradición que pudo haber inaugurado Rabasa, en México no se hace

amparo. A 160 años de la primera sentencia, (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional, México, 2011), 2 tomos.

⁽⁴⁸⁾ RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 7ª. ed., (Porrúa, México, 1990), p. 76.

Historia constitucional, mucho menos Historia de los Derechos Humanos, sino historia de los Poderes y momentos constituyentes, cuando no mera exégesis de los textos constitucionales. Poco a poco han ido apareciendo otras posibilidades, en la línea de Manuel Calvillo y José Barragán, de la mano de González Oropeza ⁽⁴⁹⁾, Ferrer, Gómez Alcalá ⁽⁵⁰⁾, Cañas, Enciso ⁽⁵¹⁾ y Salazar ⁽⁵²⁾, así como de autores formados en la Historia general. Pero se requiere potenciar el impacto efectivo de esos acercamientos, en mi concepto muy sanos merced a su dimensión crítica, para colocarlos en posibilidad de incidir en los procesos de creación jurídica. La simple descripción de textos fundamentales ha mostrado su poca o nula efectividad y es, por desgracia, una constante.

Un buen ejemplo de temas olvidados, y sin embargo determinantes para la configuración de la categoría jurídico-constitucional “nación mexicana”, es el de la guerra de 1847 o “Mexican war”, como le llaman los pocos estadounidenses que se arriesgan a recordarla. Guerra injustísima donde las haya, fue también una guerra de religión, de despliegue del *Destino Manifiesto* (un descendiente irlandés, Joe Kennedy Sr., involuntariamente asimiló el sino a la hitleriana reivindicación del espacio vital) y de desprecio por el sur católico y moruno. Se presentaron “juicios” ridículos, como los incoados a los *San Patricios*, miembros de un batallón integrado por migrantes irlandeses que defecionó del ejército de la Unión anglo-americana para defender al invadido. En ese contexto, por increíble que parezca, surgió la federalización del Juicio de Amparo y la conciencia en torno a la necesidad de unificar jurídicamente al

⁽⁴⁹⁾ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, (Comisión Nacional de los Derechos Humanos / Porrúa, México, 2003).

⁽⁵⁰⁾ GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo, “El Liberalismo y Cádiz”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, cit., pp. 141-162.

⁽⁵¹⁾ Es mucho lo que puede destacarse del profesor Enciso en cuanto al análisis de juzgados, Congresos y operadores jurídicos en la Nueva Galicia y en la Intendencia y Estado de Zacatecas.

⁽⁵²⁾ SALAZAR ANDREU, Juan Pablo y ESCOBEDO ROJAS, Alejandro, “Antonio Joaquín Pérez Martínez en el contexto de las Cortes de Cádiz”, en *Idem*, pp. 529-532. En el mismo volumen PANTOJA MORÁN, David, “Ramos Arizpe y las Cortes de Cádiz”, pp. 479-504.

país⁽⁵³⁾. Un destacado jurista, juez de la Corte suprema y presidente del Colegio de Abogados, Manuel de la Peña y Peña, llegó en esas aciagas circunstancias a la Presidencia de la República. Y, sin embargo de tantas perspectivas favorables para la comprensión jurídica del tema, nadie — o casi nadie — estudia la injusta guerra desde la perspectiva iushistórica. Y casi desde ninguna otra. Los mexicanos guardamos, así, un secreto de gran envergadura: que los “americanos” se comportaron en 1847 como los nazis en 1939. Nos hemos olvidado de cuestiones tan vitales como hacernos cargo de los procesos que siguieron gobierno y Congreso (increíblemente no se declaró estado de excepción) durante el año y medio que duró la ocupación que terminó costándonos mas de la mitad del territorio patrio.

Silvestre Villegas ha trabajado, en forma por demás interesante incluso para la Historia de los derechos reales y de las formas de posesión y tenencia, los procesos de despojo sufridos por los mexicanos avocados en Texas tras la anexión estadounidense⁽⁵⁴⁾. Es un camino que desde la atalaya de la Historia jurídica permitiría hallar nuevas explicaciones a la colisión sufrida no sólo por Texas, sino por la Alta California, el Nuevo México, Arizona, Nevada y Colorado al momento de encontrarse con la tradición anglosajona del *Common Law*. Un tema con potencialidades para la explicación mundial del fenómeno de la comunicación de tradiciones jurídicas en la Historia de las naciones modernas.

Desde la Ciencia Política se han dado algunas aportaciones notables a la historia parlamentaria y la historia de las ideas políticas: Alonso Lujambio⁽⁵⁵⁾, José Antonio Aguilar Rivera⁽⁵⁶⁾, Roberto

(53) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Otero y Rejón en el año de la invasión: preámbulo de la primera sentencia de amparo”, en GONZÁLEZ OROPEZA y FERRER, *El juicio...*, pp. 407-422.

(54) VILLEGAS REVUELTAS, Silvestre, “Cohabitación, segregación y despojo en el sur de Texas (1883-1911)”, en *El Mundo del Derecho...*, pp. 379-414.

(55) LUJAMBIO, Alonso, *La influencia del constitucionalismo anglosajón en el pensamiento de Emilio Rabasa*, (Escuela Libre de Derecho / Universidad Nacional, México, 2009); LUJAMBIO, Alonso y ESTRADA MICHEL, Rafael, *Tácticas parlamentarias hispanomexicanas. La influencia de los Reglamentos para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz en el Derecho Parlamentario de México*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012); LUJAMBIO, Alonso, “Estudio introductorio” a Carrillo, Adolfo Rogaciano, *Memorias de Sebastián*

Breña ⁽⁵⁷⁾, Benito Nacif ⁽⁵⁸⁾ y Mauricio Merino ⁽⁵⁹⁾ acuden con frecuencia a asideros iushistóricos. El diálogo con la Historia del Derecho resulta, en algunos casos, sumamente vivificante, si bien puede y debe ser ampliado. La revista *Metapolítica*, dirigida por Israel Covarrubias, se ha detenido a analizar, dedicando incluso números monográficos, el fenómeno jurídico desde la perspectiva crítica de la organización de la sociedad en sentido estatalista ⁽⁶⁰⁾.

3. *Una historia de la potestas, más que de la auctoritas.*

Como ha quedado dicho, el legalismo de nuestros acercamientos históricos ha impedido, como es lógico, que hagamos una historia circunstanciada del Derecho, esto es, una historia que se preocupe por el impacto y la efectividad que reglas y normas han tenido en la generación de las culturas aledañas a lo jurídico: cívica, constitucional, ética e, incluso aunque dotándola de contenido, cultura de la legalidad. Como decía, otra vez, Rabasa, los constituyentes se han desentendido de la práctica, de la circunstancia, para regodearse con teorías no siempre bien conocidas ni comprendidas. Por “liberalismo” seguimos entendiendo las cosas más variopintas, sin analizar con calma su raíz anticorporativa y antiestamental, tan ajena a los imaginarios aún vigentes en los diversos “Méxicos”.

Verdo de Tejada, (Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2011).

⁽⁵⁶⁾ Entre varios y valiosos trabajos AGUILAR RIVERA, José Antonio, *La geometría y el mito. Un ensayo sobre la libertad y el liberalismo en México, 1821-1970*, (Fondo de Cultura Económica, México, 2010).

⁽⁵⁷⁾ Ha dedicado mucho a los temas jurídicos, particularmente a los relacionados con el primer constitucionalismo ibérico. Un ejemplo reciente BREÑA, Roberto, “La Constitución de Cádiz y la Nueva España: cumplimientos e incumplimientos”, *Historia Constitucional. Revista electrónica*, no. 13, (Oviedo, 2012).

⁽⁵⁸⁾ NACIF HERNÁNDEZ, Benito, *Las instituciones*, (Nostra ediciones, México, 2006).

⁽⁵⁹⁾ Sus publicaciones son variadas, pero sigue siendo la más iushistórica la que derivó de MERINO HUERTA, Mauricio, *El Municipio en la formación del Estado Nacional Mexicano (primera versión mecanuscrita)*, tesis doctoral, (Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociológicas, Madrid, 1996).

⁽⁶⁰⁾ *Metapolítica*, no. 55, “Luces y sombras del Estado de Derecho”, (México, septiembre-octubre de 2007). Participaron, entre otros, Paolo Grossi, Jaime del Arenal, Manuel González Oropeza y Salvador Cárdenas.

De ahí que los estudios acerca de la codificación civil y penal no se traduzcan en una elucidación acerca del cambio de mentalidades que el proceso significó a lo largo del siglo XIX, ni se preocupen mayormente por profundizar en el proceso de superficialización que para ámbitos mucho más generales ha descrito Alessandro Baricco en *Los bárbaros*. Quizá también de esta actitud escasamente propiciatoria se derive el poco caso, incluso la descalificación, que los estudios de Literatura, Cine y Derecho (Claudio Magris) han padecido entre nosotros. La añeja actitud prevaleciente entre los operadores jurídicos sigue identificando los catálogos de leyes positivas como la única Ciencia jurídica posible y aceptable. Una novela reciente, *Justicia* de Gerardo Laveaga, da cuenta de la actitud y muestra casos de un voluntarismo ridículo francamente asfixiante. El libro *Codificación*, coordinado por Cruz Barney, reúne varios estudios y, sobre todo, varias preocupaciones en torno a ello ⁽⁶¹⁾.

A pesar de sus perspectivas y discursos sociologizantes, expresos ambos en las exposiciones de motivos de los Códigos Civil, Penal y Procesal, el siglo XX no experimentó un alejamiento de la legolatría y el voluntarismo codificante. Todo lo contrario: entre nosotros no fue un *Novecientos jurídico* ⁽⁶²⁾ sino un siglo que lo esperó (lo sigue haciendo) todo de la ley, y la ley se empeñó en mostrar en él su incurable impotencia a la hora de cambiar la realidad. Por lo demás, el paradigma igualador generó, en comunidades tan contrastadas como las mexicanas, un cínico abandono de la posición de garante que durante siglos de encomienda y paternalismo correspondió a las clases favorecidas.

Sorprende que la solución codificada, esa que responde al *More*

⁽⁶¹⁾ CRUZ BARNEY, Óscar (coord.), *La Codificación*, (Porrúa, México, 2006).

⁽⁶²⁾ En el sentido, por supuesto, que otorga al concepto P. Grossi, que es curiosamente semejante al que emplea L. Sciascia en *El caso Moro*: “esa capacidad que tiene lo real de hacer posibles y lícitas cosas que abstractamente no son posibles ni lícitas. Aquellas cosas, al menos, de las que depende una vida humana. Una vida humana frente a unos principios abstractos: ¿puede un cristiano dudar de la elección?”. SCIASCIA, Leonardo, *El caso Moro*, trad. Juan Manuel Salmerón, (Tusquets, México, 2011), p. 50. El sentido, pues, de los Naturalismos jurídicos del XX, que dijo Wieacker, y que tenían por objeto vincular al Derecho con la realidad, tras un siglo (corto sólo en Europa) de formalismo voluntarista. GROSSI, Paolo, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, (Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Nápoles, 2011).

geometricum según ha probado Cárdenas y al reduccionismo galileico al que se refirió Edgar Morin en memorables páginas de *Educación en la era planetaria*, no se haya visto sometida a una crítica severa en un país federal, pluricultural, de profundas injusticias y que nació en medio del pluralismo jurídico. Si el Código ha sido la respuesta racional y exacta a nuestros problemas, la verdad es que no ha constituido solución entre nosotros. Preocupa saber que no logramos transmitir el mensaje a los estudiantes de Derecho y que en los programas de estudio las Humanidades van perdiendo terreno a todos los niveles en favor de unas “Ciencias Sociales” que, como el Derecho, se pretenden aritméticamente infalibles.

La historia institucional tampoco vive su mejor momento. Parece aletargada, como si la línea estructural marcada por Zavala (la encomienda), Pietschmann (las intendencias), Lira (el juicio de amparo), Tavera (los Congresos locales), Diego Fernández (las capitulaciones, las Audiencias) y Enciso (los cedularios y los tribunales) se hubiera agotado. Sorprende en un país en el que la forma de poseer la tierra resulta tan variada y en el que el crimen ha asumido formas igualmente variopintas, por sólo poner un par muy gráfico de ejemplos. Asombra en un país en el que los archivos guardan todavía tantísimas sorpresas. Quizá por ello es que las aportaciones más recientes — y las que más entusiasman — provengan de historiadores no jurídicos, como ocurre con el volumen sobre *Práctica y fracaso del primer federalismo mexicano (1824-1835)* que coordinaron los profesores Josefina Zoraida Vázquez y José Antonio Ortega Serrano. En relación con el Derecho Administrativo, en el enclave saludable y desmitificador de un Hespanha o un Bernardo Sordi, es muy poco lo que puede hallarse en reflexiones mexicanas de iushistoriadores.

Los historiadores tradicionales consideran inútil referirse a los historiadores del Derecho cuando se habla de instituciones eminentemente jurídicas, como los Estados de la federación o el reparto de poderes, con el argumento de que lo que buscan en realidad es hacer historia social, como si ésta pudiese disociarse del Derecho. Excepciones conspicuas las hallamos en obras próximas a la Iushistoria, como las de Xavier Tavera, Guadalupe Jiménez Codinach, Jean Meyer, Virginia Guedea, Patricia Galeana, Juan Ortiz Escamilla, Ana Luisa Izquierdo de la Cueva, Ana Carolina Ibarra, Lorenzo

Meyer, Pilar Gonzalbo, Alfredo López Austin, Beatriz Rojas, Cristina Gómez, Marco Antonio Landavazo, Jaime Olveda, Reynaldo Sordo, Rafael Rojas, Érika Pani, Antonio Saborit, Moisés Guzmán, Alfredo Ávila, Roberto Breña, Catherine Andrews, Ignacio Marván y Juvenal Jaramillo. Es preciso, con todo, acentuar el diálogo entre las especialidades historiográficas.

Parece increíble, por ejemplo, que el Derecho y las instituciones de la Mesoamérica prehispánica, tan determinantes y supervivientes y tan bien descritas por autores del periodo novohispano como Sahagún, Durán y Clavigero, hayan sido dejadas de lado por historiadores juristas, con salvedades preclaras en la línea de Kohler, el historiador centroeuropeo editado en tiempos de Macedo. Luce lógico procurar acercamientos a usos y costumbres indígenas que en buena medida perviven o, cuando menos, son reivindicados por un diez por ciento de la población. La perspectiva y la metodología iushistóricas se antojan indispensables a efectos de acceder a una auténtica e impostergable comprensión en un complejo país multicultural.

4. *Mensaje final, en el que se refiere una Historia actual.*

Sé que he mostrado un panorama negro y preocupante. Hay buenas razones para estar, sin embargo, esperanzados: tenemos historiadores que estudian el doctorado en Derecho y juristas interesados en profundizar en sus conocimientos de Historiografía, al tiempo en que nuestro Ordenamiento se va acercando a posiciones principialistas y comienza a dejar atrás la insistente huella de la legolatría. ¿Es ello suficiente para hablar de una “escuela mexicana de historiadores del Derecho”? No lo sé. Sólo sé que las cosas comienzan a distiguirse con claridad respecto de lo que prevalecía hace quince o veinte años. Quisiera creer que los próximos años serán los de la recepción definitiva de las perspectivas realistas y críticas de Grossi y Hespanha, no citadas siquiera por algunos Manuales supuestamente actualizados, puesto que estoy convencido de lo fructíferas que resultarán para explicar la apasionante fenomenología jurídica del territorio que hemos llamado “México”.

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos (2011) constituye una magnífica oportunidad para hacer de la Historia del Derecho una auténtica Iushistoria, esto es, una avanza-

da desmitificadora desde la que los esfuerzos por hacer vigente y positivo el Orden de justicia posean un sólido asiento histórico, al tiempo en que los estudios de Historia general se vean iluminados por una postura que coloque el énfasis en la observación efectiva del ordenamiento, en el combate a la simulación, en la vivencia de los valores jurídicos y en la generación de una cultura constitucional.

En efecto, el nuevo artículo 1° de la Constitución mexicana se hace cargo de una concepción nueva de los derechos básicos en la República, que pasan de ser “garantías individuales” otorgadas por el Estado (en 1917 el aparato estatal que surgía del triunfo de la Revolución se asumía como gran dador de libertades y como padre tutelar de la Nación) a “Derechos Humanos” reconocidos oficialmente a través de dos vías: su incorporación expresa al texto constitucional o su inclusión en los Tratados internacionales que en la materia haya suscrito el gobierno mexicano. Se ha abierto la posibilidad, pues, de configurar un “orden constitucional” que vaya mucho más allá del mero texto de la ley fundamental, al tiempo en que se hará necesario analizar la estructura y los potenciales efectos de los valores expresados en facultades concedidas a los órdenes de poder para determinar su calidad de “Derechos Humanos”. En suma, la operación jurídica tendrá que abandonar la legolatría si quiere funcionar en verdad. Sigo pensando, como hace quince años en que cursé la Iushistoria de Occidente con el profesor del Arenal, que la Historia del Derecho brinda herramientas inigualables para operación mental semejante.

Perspectivas para el pluralismo jurídico, no normativo sino principialista, las hay muchas en la reforma. Las soluciones que mejor tutelen los derechos fundamentales han de buscarse no solamente en un texto calificado, con cierta arbitrariedad, como “constitucional”, sino en los principios y valores que componen multitud de ordenamientos (el internacional, aunque no en exclusiva), ordenados a proteger a la persona en la forma más amplia que sea posible. La tradición crítica de códigos y reglamentos constituye para tal búsqueda, acaso, la única herramienta disponible. La poseemos los historiadores del Derecho ⁽⁶³⁾.

⁽⁶³⁾ Un iushistoriador y abogado practicante, Raúl Pérez Johnston, se ha dado a la tarea de concordar la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* con los *tratados internacionales en materia de Derechos Humanos* y con la *jurisprudencia de la*

Con posiciones semejantes, los filósofos y teóricos del Derecho Hugo Saúl Ramírez y Pedro de Jesús Pallares han procurado dotar al medio jurídico mexicano de una carta de navegación propicia para los corrientes ocasos del voluntarismo ⁽⁶⁴⁾. Lo han hecho con los pies sólidamente colocados en la Historia e incluso en la biografía intelectual. Pallares, por ejemplo, se ha ocupado del magisterio de Efraín González — Luna Morfín, el gran pensador, abogado y político tapatío fallecido en 2012. Un sistematizador del Humanismo político a quien debemos la noción de la dimensión dignificadora de la comunidad a través del orden jurídico.

Ramírez y Pallares combinan la apasionante Historia de las mentalidades y de la concepción de los Derechos fundamentales con las herramientas dogmáticas y procesales que los futuros abogados requieren para implementar la garantía efectiva de los mismos, comenzando por una reflexión muy gratificante en torno a la Ética, el Derecho, la dignidad de la persona humana y su condensación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Me recuerdan al viejo profesor Martín Kriele: si la nota característica del Derecho es la coacción, no hay diferencia alguna entre la extorsión callejera y los sistemas jurídicos. ¿Qué es un Estado sin justicia sino *magna atrocinia*? La pregunta, como sabemos, es de San Agustín.

Para los autores, en cambio, la nota jurídica viene dada, según reconoce la Declaración universal, por la Ética, puesto que son éticos los postulados de libertad, igualdad en dignidad y derechos, así como el deber, dirigido a la razón y a la conciencia, de comportarnos fraternalmente con los otros miembros de la familia humana (preámbulo y artículo 1º). La preocupación por hallar un fundamento a los Derechos Humanos, declarada estéril por algunos positivismo del Novecientos, es la misma que se predica de la causa final del Derecho. Una vida digna de ser vivida en libertad, justicia y paz es una vida humana y, por tanto, una vida atenta a la consecución de los derechos y deberes de lo humano. De ahí que el reconocimiento, ya sin ambages, de la dignidad humana como cláusula de cierre del

Corte Interamericana de Derechos Humanos. El resultado es a un tiempo útil y espléndido (Porrúa / ELD, México, 2012).

⁽⁶⁴⁾ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, (Oxford University Press, México, 2011).

razonamiento y la operación jurídicos en el artículo 1° de la Constitución mexicana constituya una renovación refrescante que sienta las bases para el paso de la ley al Derecho, como hace años viene solicitando el profesor argentino Rodolfo Vigo, de benéfica influencia en el foro de México (65). Nótese que hablo de bases, no de logros conseguidos cabalmente. Todo lo contrario. El medio es sumamente legolátrico aún.

De ahí también que destaque la atención puesta en los deberes que los seres humanos tienen respecto de la dignidad del otro. Los ordenamientos jurídicos dependen, en opinión de Ramírez y Pallares, de la calidad ética que poseen las personas que los viven: de la dignidad de sus comportamientos, pues. El contenido de la norma, y no la sanción, es lo que el destinatario con preocupaciones éticas analizará para determinar si el suyo es o no un ordenamiento que vale la pena observar, en el sentido de Grossi. Este sentido, esta sensatez, esta *esperienza* es el camino único de escape frente a la insoportable levedad de la vacua legalidad que aún enseñamos en las facultades de Jurisprudencia. Es también el vaso comunicante entre Historia, teoría y práctica del Derecho.

Así pues, la Declaración Universal y, en general, los ordenamientos aplicables a la materia, manifiestan mínimos éticos indispensables para la construcción de una vida que merezca ser vivida: ser educado con igualdad de oportunidades, recibir el proceso que es debido a toda dignidad humana, participar en la gestión de la comunidad buscando su bienestar, vivir una vida saludable, gozar con el trabajo dignificante, expresar las ideas con libertad, no ser discriminado ni discriminar, no ser sometido a tratos degradantes (tortura, trata, pederastia, etcétera). Se trata, si se las observa con detenimiento, de categorías determinables sólo dentro de la Historia de la experiencia jurídica, esa que aún no arroja razón alguna que permita comprobar que un ser humano es menos digno dentro que fuera del útero materno.

Si antes de la reforma de 2011 los programas académicos de licenciatura sólo poseían tímidas materias dedicadas al análisis de los Derechos fundamentales, ahora se han multiplicado, como es lógico.

(65) VIGO, Rodolfo, *De la ley al Derecho*, (Porrúa, México, 2003).

Es muy feliz la nueva denominación de la materia (“Justicia y Derechos Humanos”) en la UP, en la que dictan cátedra tanto Pallares como Ramírez, por cuanto la “justicia” es la base del papel del jurista, en general del operador jurídico, en todo tipo de ordenamientos y muy especialmente en los relacionados con los Derechos básicos. Hay que reconocer que esa dimensión justiciera se debe, en el México de entre siglos, a la tozudez de los historiadores jurídicos en un entorno francamente hostil: la experiencia del Derecho como experiencia de la (in) justicia.

Con esa visión integral, de filosofía caracterizada como realista (en forma alguna conformista o cínica), los autores analizan la semántica asociada al concepto de Derechos Humanos, sus rasgos esenciales de universalidad e inalienabilidad, la clasificación de los mismos con base en el bien jurídico, mejor, en las dimensiones de lo humano que se tutelan en cada caso, los elementos que los constituyen, los mecanismos de garantía, nacionales e internacionales, jurisdiccionales o no, de los propios derechos básicos, y otros temas relevantes. El equilibrio, en suma, entre técnica y teoría, se encuentra y se agradece. También se agradece una *rara avis in terra nostra*: el empleo diligente y acertado de bibliografía extranjera, particularmente europea, latinoamericana y angloamericana, tan poco hallable en nuestra umbilical literatura, hasta hace nada auto suficientemente concentrada en las “garantías individuales” y en la “exacta aplicación” del Código y generadora, por tanto, de legalismos indiferentes frente a las evidencias de injusticia que nuestro medio reporta a cada instante. Entre tales fuentes destacan Grossi, Fioravanti, Ferrajoli, Hervada, Alexy, Dworkin, Aparisi, Carpintero, Hoerster, Merryman, Nussbaum, Peces-Barba, Pérez Luño, Strauss, Zagrebelsky y Martini. Sugiero, casi sin sutileza, que hay una recepción de raíz metodológica iushistórica. La ha experimentado también el legislador constituyente.

El quinto párrafo del nuevo artículo 1º constitucional se refiere, por fin, a la dignidad humana como fundamento absoluto no sólo de la prohibición de “toda discriminación” sino de los Derechos Humanos en sí mismos, puesto que es lo que permite que los Derechos Humanos sean efectivamente universales, inenajenables y fundamentales. Hace tiempo que la nueva Historia del Derecho lo venía diciendo.

¿Qué es lo que hace digna la vida humana? Quizá la posibilidad de vivirla en todas sus dimensiones: Dimensión política: ser para la República, conforme a la ciceroniana virtud de la *aequabilitas*, el ser merecedor de un trato humano, esto es, ser digno de ser para los demás dado que se es para los otros o no se es; Dimensión jurídica y moral, de conformidad con Saulo de Tarso y sus ideas acerca de la superioridad y universalidad del Orden, del espíritu, que no de la letra “que mata”; Dimensión circunstanciada y peculiarista: se es digno de salvar las circunstancias propias para salvar al propio ser, según previno Ortega. Tal como demostró Platón en *Cratilo*, los seres humanos no son dignos por convención, aunque parezca decirlo el primer párrafo del artículo 1°. Todo esto se aprende en las aulas y en los libros según un programa bien dispuesto de Historia del Derecho ⁽⁶⁶⁾.

Y volvemos con ello al Grossi de la orteguiana función de la Universidad, esto es, al Grossi que busca hacer mujeres y hombres de Ciencia, dotados de una cultura tal que les permita pensar por sí mismos, generarse un alto grado de autonomía intelectual. En este sentido, la Universidad se torna la gran válvula de escape de una sociedad en crisis. El problema es que los operadores de la profunda reforma del sistema jurídico mexicano, por ejemplo en materia de enjuiciamiento penal (reforma constitucional de 2008, estrechamente vinculada a la garantista de 2011) no parecen formados en esa autonomía propia de la Universidad. Poseemos, por supuesto, títulos y cédulas profesionales. Pero, como hemos comprobado, hemos sido formados en mecanismos legicéntricos, legolátricos, de repeticiones guacamáyicas sobre leyes y códigos, basados en el decimonónico vicio de la “exacta aplicación de la ley”. Ello halla manifestaciones tremendas en relación con el Amparo penal, por ejemplo: todavía no terminamos de ponernos de acuerdo en lo relativo al valor de la carpeta de investigación como acto de autoridad, o a la suspensión de los procesos con motivo de la concesión de figura semejante en los juicios paralelos de Amparo, o a la compatibilidad del Amparo *habeas corpus* con la labor de los jueces de control penal. Llegamos, en suma, a la gran pregunta: ¿podemos capacitarnos en

⁽⁶⁶⁾ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, (Trotta, Madrid, 2002).

un derecho principialista cuando hemos sido formados en el normativismo más exagerado?

Veamos lo que dice la Constitución a partir del juego 2008-2011. ¿Qué valor puede darse al principio *pro persona* o a la cláusula de cierre “dignidad humana” desde una perspectiva normativista? ¿Cómo hacemos que los operadores jurídicos los pongan a interrelacionarse con los principios del artículo 20, que son los del debido proceso, si se conforman con la moralidad heterogenerada de Códigos, circulares y reglamentos? Como puede apreciarse, la Iushistoria adquiere tintes de acuciante actualidad. Recapitulemos para demostrarlo y cerrar nuestro alegato.

A partir de la reforma de 2011 a la Constitución mexicana, el artículo 1º se ha tornado importantísimo como punto de partida y cláusula de cierre de todo el sistema constitucional:

1. Para decirlo con Fioravanti, superó el antiguo paradigma hobbesiano de las “garantías individuales otorgadas” (pacto *subjectionis*) para establecer el más rousseauiano de “Derechos Humanos reconocidos” (pacto *societatis*) ⁽⁶⁷⁾.

2. Estableció el control de la convencionalidad sobre todas las normas del sistema jurídico mexicano, incluyendo a las fundamentales, a partir de los tratados y convenciones firmados por el Estado mexicano pero también, creo, a partir de los principios inalienables del *Ordo iuris*. Hay quien, a la francesa, ha llamado “bloque de constitucionalidad” al nuevo Orden.

3. Estableció el principio *pro persona*, que obliga a los operadores jurídicos a encontrar, en los *principios* constitucionales e internacionales, la solución *normativa* más acorde con la protección más amplia a los Derechos Humanos, independientemente de dónde pueda encontrarse, esto es, independientemente de estrechas jerarquías legales.

4. Incorporó a la dignidad humana como principio indispensable para la actuación de todos los funcionarios públicos en los temas de combate a la discriminación pero también en todos los relativos a los Derechos Humanos.

⁽⁶⁷⁾ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, (Trotta, Madrid, 1996).

5. Estableció la obligación de reparar las violaciones a los Derechos Humanos cometidas por las autoridades del Estado mexicano. Las violaciones potenciales se entienden violaciones a los *principios* de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Caben, tras recapitulación semejante, varias preguntas en un país que ha sufrido considerablemente por la acción del crimen organizado: ¿a favor de qué persona debe aplicarse el principio *pro persona*? ¿De la víctima o del victimario del delito? ¿Qué implicaciones tiene en el combate al delito el principio de dignidad humana, incorporado al texto fundamental? ¿Debemos entender que el Estado y sus funcionarios están obligados a no discriminar a nadie, cualquiera que haya sido su conducta acreditada en un proceso?

Comencemos por esta última cuestión. La respuesta es sí, en definitiva: el trato humano, digno, a cualquiera que se enfrente al sistema de justicia penal es un imperativo constitucional, un imperativo *pro persona*. Ello se traduce, por supuesto, en la presunción de inocencia, en la carga que el funcionariado tiene para probar la culpabilidad de los privados, siempre y en toda situación, por la inalienabilidad y universalidad necesarias para que el principio sea principio. Y nótese que, al menos desde la reforma de 2008 al sistema de enjuiciamiento penal, vivimos un Derecho de principios que se actualizan sólo en la experiencia de Justicia: son principios configurados iushistóricamente que se *viven* en formas variadas según el mecanismo procesal que se adopte.

No hay contradicción, sino aparente, entre los derechos del procesado y los de la víctima u ofendido. Lo que el texto constitucional exige ahora no es privilegiar los unos en perjuicio de los otros, sino darle la interpretación más favorable a la protección y garantía más amplia que proceda en ambos casos, una vez que ha sido determinado qué derechos corresponden a cada uno de los involucrados en el proceso penal. Así, el derecho a la memoria de las víctimas no tiene por qué verse como algo enfrentado al derecho a la presunción de inocencia previo a la emisión de una sentencia condenatoria inatacable.

¿Va variando la dignidad humana conforme se va a acreditando la culpabilidad del procesado? Por supuesto que no. El gobernado nunca puede ser, en este sentido, un enemigo de la comunidad, si

por hostil entendemos el indigno de vivir en comunidad. El Estado constitucional y democrático hace imposible la excomunión y el ostracismo.

A conclusiones civilizatorias semejantes sólo ha podido llegarse a través de un arduo contraste historiográfico entre lo que significa el *Rule of Law*, el *Ordo Iuris*, y lo que es el *Rechtsstaat*, en su versión decimonónica como estado legislativo “de Derecho”. Quizá sea cierto que el legislador no ha estado muy consciente de los principios que han guiado su accionar, pero no cabe duda de que la Historia y la experiencia han estado presentes en sus determinaciones, como moda si se quiere, al menos por lo que hace al binomio 2008-2011.

A pesar de esta deuda con la Historia del Derecho, duele reparar en que hayan pasado cien años y sigamos sin leer bien a bien a Rabasa, sin sospechar de una lectura letrística del principio de legalidad, sin entender que una reforma procesal a fondo va mucho más allá de la simple oralidad: ¿puede haber Estado democrático y constitucional sin juicio de pares, sin jurado popular, sin debido proceso, sin auténtica equidad procesal? ¿Puede haber seguridad pública sin garantías institucionales efectivas para la defensa y para la acusación? ¿Puede haberla sin colegiación obligatoria de los abogados?

Se ha puesto el énfasis, al analizar el cuarto párrafo del artículo 1º reformado, en la prohibición de la discriminación. Menos, infortunadamente, en la incorporación definitiva del principio, y cláusula de cierre del sistema jurídico, de la dignidad humana. Caben, sin embargo, desde las perspectivas privilegiantes de la dignidad, preguntas como ésta: ¿Está obligado el Estado a garantizar la dignidad de los habitantes o transeúntes de su territorio aun en contra de los ataques privados o “salvajes”? En otras palabras, ¿existe el derecho humano a la seguridad pública?

Me parece que sí. Como en el caso de la no discriminación, el Estado no puede tolerar ciertas conductas por parte de los particulares. Ahora bien, garantizar la no discriminación discriminando constituiría un contrasentido, como lo es garantizar la seguridad pública violentándola al violar derechos fundamentales. La dignidad humana no soporta ninguno de estos extremos. El principio *pro persona* no puede entenderse *pro societate* en perjuicio de individuo alguno, sea víctima o victimario.

Llevamos, desde 1856-57, discutiendo la parte institucional más importante de la cuestión: la que se refiere a un Ministerio fiscal que en verdad sea público y en verdad sea acusador, parte en los juicios y expresión de los deseos conciliatorios, pacificadores y garantes de la sociedad. El artículo 27 de la Constitución de 1857, en proyecto, prescribía que a toda causa criminal debía precederla denuncia, querrela o tutela ministerial de los intereses sociales (acción *ex officio*). El debate fue celebre e ingente. Rabasa dio cuenta de él y se lamentaba, hace un siglo, de que el proceso no fuese aún acusatorio, como es debido. En 1917 el diputado constituyente José Natividad Macías se quejaba de que la institución del Ministerio Público se hubiese establecido entre nosotros como todas las instituciones, a medias y eclécticamente, por la vía de imitar a las naciones civilizadas pero sin llevar la imitación a sus últimas consecuencias. El Fiscal de 1857 había sido una “entidad decorativa que... No hacía más que cruzarse de brazos para que el juez practicara todas las diligencias”. Un problema, pues, de diseño procesal y de cultura constitucional. De nuevo la Historia del Derecho...

En 2008 resolvimos, al menos en el texto constitucional, el *quid* más grave de nuestra estructura fundamental. Seguimos en el trance de consolidar el paso: aquella reforma, principialista donde las haya, ha sido la más discutida y cuestionada aún después de su promulgación, a grado tal que ha puesto en entredicho, incluso, la categoría misma de “Constitución”. Los valores que conlleva no han sido interiorizados por una casta privilegiada de operadores jurídicos carente de cultura constitucional y cómodamente instalada en dejar que el Código de procedimientos piense por ella.

Cuando el artículo 20 *a*) fracción I de la Constitución habla del objeto del proceso penal e incluye el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, el combate a la impunidad y la reparación del daño, está hablando de principios jurídicos en el sentido propuesto por Franco Bonsignori, es decir, en el sentido de metas a las que el Estado democrático no puede renunciar so pena de convertirse en un Estado fallido o desilusión ⁽⁶⁸⁾. La problemática se halla en equilibrar estas finalidades con el debido proceso, también

(68) BONSIGNORI, Franco, “Diritto come regole e come principi”, en *La crisis de la ley...*, p. 258.

integrado por principios, aunque en sentido más instrumental: intermediación, contradicción, publicidad, concentración, continuidad y equidad procesal en el que se incluye, por supuesto, la presunción de inocencia.

Ahora bien, si uno lee con atención el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como sus correlativos en los instrumentos interamericanos, uno se percató de que la reforma de 2008 vino solamente a corroborar elementos de debido proceso que ya se hallaban incorporados al orden constitucional por virtud del añejo artículo 133 (y, a partir del 2011, también por el artículo 1º). Nos referimos, por supuesto, a un proceso público, imparcial y equitativo, accesible para todas las partes justiciables. Numerosos instrumentos multilaterales (pienso, simplemente, en la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada) se han hecho cargo de la importancia de asegurar a todos los habitantes del Globo (principios de universalidad e inalienabilidad) un mínimo indispensable de seguridad pública. No es concebible que la comunidad internacional, y muy especialmente tratándose de normas de *Ius cogens*, haya pretendido ser incoherente a la hora de esclarecer los principios de sus interacciones.

La tensión o la contradicción entre Derechos Humanos y seguridad pública es meramente artificial y aparente cuando existe una cultura constitucional sólidamente fundada: cuando la Universidad y la Historia del Derecho han cumplido con su tarea y, a la par de liberar mentes y conciencias, han derivado de las experiencias jurídicas las conclusiones correctas. Queda, pues, mucho por construir en México.

LIHONG ZHANG
EVOLUTION OF RESEARCH METHODOLOGIES
OF CHINESE LEGAL HISTORIOGRAPHY

I. Introduction. — II. Period of formation of Chinese Legal historiography (from 1904 to 1949). — 1. Qichao Liang's contribution: formation of the science of legal historiography in pursuit for a universal law. — 2. Honglie Yang's works: interpretation of the Chinese traditional law through the application of Western research method. — 3. T'ung-Tsu Ch'u's sociological study on the traditional law and his attention to law in action. — III. Setback and rebounding of Chinese legal historiography (from 1949 till now). — 1. Setback period (from 1949 to 1979). — 2. Rebounding period of Chinese legal historiography and the arrival of the crisis (from 1979 to now). — 3. Breakthrough in crisis. — 1) To widen the sphere of the historical materials for the study of the Chinese legal history. — 2) To adopt some new methods of research of legal historiography. — *a.* Seminar research method. — *b.* Method of sociological and cultural analysis on the traditional law. — *c.* Interpretative method and so-called "two-way functionalism". — V. Conclusion.

I. *Introduction.*

"*Historia magistra vitae est*" (Cicero, *De Oratore*, II, 36)! The ancient Chinese held the same position, saying that "the past experience, if not forgotten, is a guide for the future" (前事不忘,后事之师). This famous motto recorded in an ancient book of history, entitled "*Intrigues of Warring States* (Zhang Guo Ce, 476 B. C. -221 B. C.)", proved that the study of history was considered also as an important method of understanding better today's things. However, in Chinese traditional society, the history was studied mainly for knowing how to improve the skill of ruling a country ⁽¹⁾, not just for knowing how to handle better today's life.

⁽¹⁾ In the history of China, this idea about the value of history existed strongly. For example, Shiming Li (598-649 A. C.), the emperor of Dynasty Tang (618-907 A.C.),

As we know, in all ancient societies, law was considered as a tool of ruling a country, even if the ways of perceiving law varied from country to country and from people to people. However, very few ancient peoples, like the Chinese, attached such importance to historiography as a skill of ruling a country and attributed it a likewise function of law. This Chinese view of the law-making function of historiography and interpreting it officially as a source of law, resulted from the very special understanding of law in China's traditional society.

In the Chinese traditional legal system, the legal term "law", which was called "*fa*", denoted only the written law, which had an overwhelmingly penal emphasis. It was operated essentially for the purpose of criminal and penal punishment (2). However, the civil activities were left to be regulated by "*Li*" (ritual) which refers to all rules which uphold moral habit and serve to maintain social order (3). The core of *Li* is Confucianism (4) and its maximum canonical

said that "*using brass as a mirror, we are able to tidy our dress; using other people as a mirror, we are able to tell the losses and gains of ourselves; using history as a mirror, we are able to learn about the prosperity or decline of a dynasty*" ("以铜为鉴, 可以正衣冠; 以人为鉴, 可以明得失; 以史为鉴, 可以知兴亡"). He also affirmed that "the historiography is very useful for today's governance ("大矣哉, 盖史籍之为用也!"); Gong Zeng (1019-1083 A. C.), famous writer and philosopher in Dynasty Song (960-1279 A.C.), argued that "*history is knowledge which should be understood by the clever for the governance of the world*" ("史者, 所以明夫治天下之道也"); and Fuzhi Wang (1619-1692 A. C.), a master of study of Confucianism in Dynasty Ming (1368-1644 A.C.), asserted that "*history, being the narrator of the past and the teacher for the future, constitutes one most important knowledge on the governance of the world*" ([历史]"述往以为来者师也, 经世之大略").

(2) See. J. CHEN, *Towards an Understanding of Chinese Law, its Nature and Development*, Martinus Nijhoff Publisher, 1999, p. 6; R. PEERENBOOM, *China's Long March Towards the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 36.

(3) "Li" (ritual) was interpreted as ethical framework embodying the civilized and cultured patterns of behaviors developed through generations of human wisdom. See. J. A. BERLING, *Confucianism*, in *Focus on Asian Studies*, vol. II, No.1, *Asian Religions*, 1988, pp. 5-7.

(4) According to the official interpretation made by Zhongshu Dong (179-104 B.C.), the philosopher of Dynasty Western Han (206 B.C.-9. B.C.), "Li" of Confucianism, consists of the observance of three *Gang* and five *Chang*. Three *Gang* means the three fundamental relationship in human society, namely, that between a ruler and his

rule is “*Do not do to others what you would not want them to do to you* (己所不欲，勿施于人)”. For the realisation of a peaceful and civilized society, the ethical education, which was realised mainly through the application of *Li*, played a more important role than the punishment by law (*Fa*). Therefore, the civil cases were considered as “*minor matters*” and consequently were handled by the private arbitrator or judges through the application of the ethical rules (“*Li*”). In opposite, the criminal cases were qualified as “*punishment matters*” and reviewed by officers (mandarins) under law (*Fa*). In substance, *Li*, by providing the framework for societal behaviours, was a *carrot* that the Chinese governors gave to the citizens for the purpose of their ethical education, aiming at preventing them from committing all unethical conducts, while *Fa* was a *stick* used by the rulers to punish already-done grave behaviours against the public order. The mixed application of *Li* and *Fa* was an important reason for the super stability of the Chinese feudal society, with its duration for over 2000 years.

The ethical rules, whose content was unlimited and potentially extensive, easily changeable and ambiguous, were always formed and produced by history and existed either in unwritten form (usages) or in written form (the officially recognized classic literatures of Confucianism⁽⁵⁾, and legal codes or documents enacted by the Chinese governors). Any clarification and interpretation of *Li* ought to resort to the knowledge of history. In final analysis,

subjects (*maiestas*), between a father and his sons (*potestas*), between a husband and his wife (*manus*). Five Chang indicate the five enduring ethical rules that every individual was educated to observe: *a*) benevolence towards others (ren, 仁), *b*) righteousness (yi, 义); *c*) practice of the traditional rituals and propriety developed by the ancestry (li, 礼); *d*) wisdom (zhi, 智); *e*) honesty and trustworthiness (xin, 信). See LIHONG ZHANG, *Codification of Chinese Civil Law: History, Current Situation and Perspectives*, in *Studium iuris*, Padova, 2004, p. 897.

(5) The main officially recognized classic literatures of Confucianism were Four Books and Five Classics. Four Books included “Great Learning” (Da Xue, 大学), “Doctrine of the Mean” (Zhong Yong, 中庸), “Analects of Confucius” (Lun Yu, 论语), “Mencius” (Meng Zhi, 孟子). Five Classics consisted of “Book of Poems” (Si, 诗), “Book of History” (Shu, 书), “Book of Changes” (Yi, 易), “Book of Rituals” (Li, 礼), “Spring and Autumn Annals” (Chun Qiu, 春秋).

historiography became, by itself and for itself, a part of sources of the Chinese traditional law. As a result, the historiography acquired the very special value and importance in the Chinese traditional legal system, not only as a means of interpretation of *Li*, but also as an important source generating *Li* (6). In terms of positive law in action, the traditional Chinese law proves the truth of famous Savignian saying “*Die ganze Rechtswissenschaft selbst nichts Anderes ist, als Rechtsgeschichte*” (7). For the same reason, besides historiography, the classic literatures, the legal official documentations and usages were also the sources of *Li* (ethical rules). All of them were operated at the same time as the means of interpretation of *Li*. The historiography in the Chinese traditional society was totally absorbed by classic literature on Confucianism and the usages. It is necessary to point out that the historiography in this sense refers to all kinds of knowledge of history, which could be provided for interpretation of *Li*, including but not limited to the official works on history compiled by the governors.

It is hard for the Western scholars to understand the Chinese traditional position to consider the historiography, together with literature works of Confucianism, legal codes and usages, as the sources of law, because Western societies have long viewed the law only as an independent and autonomous entity based on the separation of powers and formed as a bulwark against the concentration of power. If this Western conception of law were applied as the measure for law's existence, no law could be found in Chinese traditional society (8). Given that the civil relations were regulated

(6) In this sense, see CHANGQING HU, “*Li and Fa*” (Li Yu Fa), in *Comments on Legal Norms* (Fa Ling Ping Lun), vol. 6, No. 27, 1929; HONGLIE YANG, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Fa Da Shi), Beijing, 1930, 17; T'UNG-TSU CH'U, *Law and Society in Traditional China* (reprinted), Beijing, 2011.

(7) F. VON SAVIGNY, *Vermischten Schriften*, Vol. 5, Berlin, 1850, 2.

(8) Neither idea of democracy nor the view of law as the expression of people's will has been developed in the Chinese traditional society. “The state was neither the embodied product of free will nor an impersonal encroacher upon individual autonomy. Instead, at least in theory, the relationship with the State was far more one of trust, modeled after the family, in which the Emperor and his representatives were conceived of more as senior than public figures...As was the case in the Chinese family, those in position of power owed an enormous, fiduciary-like obligation to those over whom they

by *Li* in form of customary law in traditional China, for the Western scholars who viewed law exclusively as the written product of legislature, something created by holders of state power from up, it is easy to conclude that the Chinese traditional “law was by definition “public” or “criminal”, and the concept of “civil” or “private” law did not exist” (9). In this Western classic view of law, the legal historiography in China consists only of written descriptions of historical events or documents related to the law-making, exposition and application of *Fa* (mainly, criminal law). Fortunately, such misconception on Chinese law has been revised recently by some leading Western scholars of Chinese law (10).

Paolo Grossi captured punctually the nature of law, saying that law is not only created by power of State from up to down, but also “not written in the commandment of a prince, in an authoritative text on the paper of the learned”. “The law, when generated *de bas en haut*, is part of the complex and shifting reality of a society which is in the process of ordering itself and, by so doing, preserving itself and ...it is an *order* inscribed in things, in physical and social objects, which can be read by the eyes of the humble and translated into rules for living” (11). Actually, the norms of *Li* constituted exactly this kind of law created from down to up in the sense expressed by Grossi.

exercised power”. See W. ALFORD, “On the limits of ‘Grand Theory’ in Comparative Law”, in *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, p. 951.

(9) See. E. J. EPSTEIN, *Codification of Civil Law in the People’s Republic of China: Form and Substance in Reception and Elements of Western Private Law*, in *U. B. C (The University of British Columbia Law Review)*, vol. 32, 1988, 162.

(10) See W. P. ALFORD, “Law, Law, What Law? Why Western Scholars of Chinese History and Society have not more to say about its Law”, in *Modern China*, vol.23, No.4, 1997, 398; P. Blazey and G. Kapterian, *Traditional Chinese Law*, in Blazey and Chan (edited), *Commercial Law of the People’s Republic of China*, Thomson Reuters Press, 2011, p. 21.

(11) See P. GROSSI, *A History of European Law*, translated by L. Hopper, Wiley-Blackwell press, 2010, p. 3.

Its original text in Italian is as follows: “il diritto, con una sua genesi dal basso, è la stessa realtà complessa e magmatica della società che si auto-ordina, e auto-ordinandosi si salva. Questo diritto non è scritto nel comando di un principe, in un testo autoritario, nella pagina di un sapiente; è un ordine scritto nelle cose, nelle cose fisiche e nelle cose sociali, dove con occhi umili può essere letto e tradotto in regole di vita.” See P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Bari, 2009, p. 14.

For a better understanding on the Chinese legal historiography and its special function of law-making, it is worth recalling the following words of Jhering's in his *“Geist des römischen Rechts”*: *“Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloß in den Gesetzen, auf dem Papier steht, ist ein bloßes Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt, was sich verwirklicht als Recht, ist Recht, auch wenn es in den Gesetzen nicht zu finden, und das Volk und die Wissenschaft sich dessen noch nicht bewußt geworden”*.⁽¹²⁾ Without acknowledging that the unwritten rules are the most powerful source of legal system and by means of it, the law can be produced from down, it is impossible to understand the reality of the Chinese traditional law, which was characterized by the mixed application of *“Li”* and *“Fa”* and where all kind of historiography could acquire its legal nature since the historiography was a maker of ethical rules (*Li*).

In other words, it is impossible to circumscribe the content of legal historiography from other kinds of social historiography in the Chinese traditional law. As a result, the science of legal historiography in technical sense was never developed in traditional China, although many ancient books of history were specialized in the description of the development of the legal codes and the history of criminal law (*fa*). *“Compilation of the History”* (*Shan Shu*, ‘*尚書*’), which is the oldest book of history in China and dates back to 14th century B.C., recorded briefly some important history of the legal orders before the Qin Dynasty (221-207 B.C.). After the Qin Dynasty, the governors ordered the historian to compile the official history of its precedent dynasty and consequently, 25 official compilations of Chinese history were completed and 14 of them contained a special part dedicated to the history of criminal punishments. Obviously, these reports on the criminal law become indispensable documents for us to understand the legal history of China, Particularly noticeable, *“Part of Criminal Law in Official History of Dynasty Han”* (*Han Shu - Xing Fa Zhi*, around 1 A.C.) and *“Part of Criminal Law in Official History of Dynasty Jin”* (*Jin Shu -Xing fa Zhi*, around 7 A. C.), both of them described the history of criminal law in these dynasties in systematic way. The specific compilation of

⁽¹²⁾ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. II, Leipzig, 1898, p. 322.

the history of criminal law showed that the history of legal order became more and more autonomous and independent from classic literature of Confucianism. However, the legal historiography was not formed as an independent subject until the modernization of Chinese legal system under the influence of the foreign legal culture at the beginning of 20th century.

Undoubtedly, the legal historiography is a mixture between the science of history and that of law. In final analysis, the goal of the study of history is to “discover the real figures of all historical events” and that of the legal research is to “discover the intrinsic nature of law and its objective rules”. This goal of research serves to answer only the question “what it is” and in any kind of research of humanistic science, we need respond to other fundamental questions: one is “why is what it is”, another is “for what it serves today”. To describe utmost objectively what the legal history is, we need conduct scrupulously the textual and exegetic research on the reliable historical documents and relics. Generally speaking, this so-called descriptive research method is applied prevalently in the research of any kind of historiography. To answer the question “why”, we need resort to the logical analysis and interpretation of the historical information acquired, which is called the interpretative method of research. Obviously, both of these research methodologies have been used in the Chinese legal historiography for long time. In the Chinese traditional history, essentially, the descriptive method of research on historiography was practiced by the Chinese historian and the interpretative one by the figures holding power of ruling. Such situation changed only after the formation of legal historiography as an independent science at the end of Qing Dynasty. Till now, in China, generally, the task to answer the third question “what it serves today”, seems to be assigned principally to the scholars of the contemporary law, even if some scholars of legal historiography achieved some significant success on the comparative law since they studied also both the Chinese legal history and the foreign legal history ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ For example, some experts of legal historiography such as Handian Pang, Weifang He, Hongjun Gao, Jian Mi and Qinhua He etc., have conducted intensively their research on comparative law. See Handian Pang, “*Comparative Law in China*:

II. PERIOD OF FORMATION OF CHINESE LEGAL HISTORIOGRAPHY (FROM 1904 TO 1949).

1. *Qichao Liang's contribution: formation of the science of legal historiography in pursuit for a universal law.*

The Chinese failure in the 1840 Sino-British Opium War led to the publication and diffusion of many Western-influenced political, scientific, cultural and economic books in China. More and more Chinese acknowledged that the prosperity of the West was not only based on its military power, but also on its advanced political and legal system. After the tremendous defeat in 1895 by Japan and in 1900 by Allied Army of Eight Countries, the government of Qing Dynasty decided to reform its legislation and strengthen the law study and research.



Jiaben Shen (1840-1913)

In 1901, Jiaben Shen (1840-1913), the most well-known jurist at that time and responsible for the amendment of laws, published “*Historiography of Criminal Law in Different Dynasties*” (Li Dai Xing Fa Kao).

The author analyzed not only almost all of the codes and historical documents on criminal law but also the legal documents in the classic literatures of Confucianism and the official compilation of history. An overall survey on the Chinese traditional criminal law was conducted in this book. However, the sphere of research of this book was limited only to the criminal law (“Fa”). The main research method by him was classic descriptive method.

Retrospection and Perspectives” (Bi Jiao Fa Zai Zhong Guo: Hui Gu He Zhan Wang), in *Journal of Study of Comparative Law* (Bi Jiao Fa Yan Jiu), vol. 2, 1990. Handian Pang, Hongjun Gao, Weifang He and Jian Mi are the translators of the Chinese version of the worldwide famous Kötz and Zweigert’s *Introduction to Comparative Law* (Bi Jiao Fa Zong Lun, Guiyang, 1992). Qinhua He published also a book entitled “*Historiography of Comparative Law*” (Bi Jiao Fa Xue Shi, Beijing, 2011) and is chief-editor of the publications of ‘*Comparative Law Series*’ (Beijing, from 2010).

In 1902, the course of “Historiography of Legal Orders in all Dynasties” (*Zhong Guo Gu Jin Li Dai Fa Zhi Kao*) was included in the official curriculum of law schools issued by the government of Qing Dynasty, which marked the formation of “*History of Chinese Legal Orders*” (*Zhong Guo Fa Zhi Shi*) as an independent subject of teaching and study. This course focused on the study of the “*Concise Book of Legal Orders*” (*San Tong Kao Ji Yao*, edited by Songqian Tang, 1899), the main legal codes and the part of criminal law described in the official compilations of the precedent dynasty. The traditional way of interpreting law only as the criminal law continued to exist.

As matter of fact, it was the Japanese scholars who began studying the Chinese legal history by adopting a modern methodology and the Western view of law. “*History of Chinese Law*” (*Zhi Na Fa Zhi Shi*), written by the Japanese scholar Higashikawa Tokuji and published in Japanese in 1895, was the first book that provided a general overview of the whole fields of legal history of China. Besides the criminal law, this book analyzed also the civil law, administrative law and the procedure law in China. The other Japanese expert, Asai Torao was also the pioneer of “new discovery” of Chinese traditional law by use of the Western legal theory, concepts and terminology. His work entitled “*History of Chinese Legal Orders*” (*Zhi Na Fa Zhi Shi*, 1904) was translated by Xiuwen Shao, Yong Bing Wang into Chinese in 1906 and became a fundamental reference for the Chinese scholars in the field of Chinese traditional law at that period ⁽¹⁴⁾.

The 1904 article of Qichao Liang (1873-1929), a famous scholar of history and political science author and a political dissident of that day, entitled



Qichao Liang (1873-1929)

⁽¹⁴⁾ His other very important work called “*History of Compilation of Chinese Legal Codes*” (*Zhong Guo Fa Dian Yuan Ge Shi*, 1911) was translated by Chongming Chen in 1915. Such publication contributed significantly to the modernization of the Chinese legal historiography.

“*On the Gain and Loss in the History of Compilation of Chinese Written Law*”⁽¹⁵⁾ constituted a revolutionary turning point of the legal historiography in China.

For the purpose of finding out the universally agreed points on legal historiography and under strong influence of Darwinism and positivism, diffused largely as to that date, Qichao Liang commented with criticism the Chinese legal history and pointed out four shortcomings of the Chinese traditional written law: the absence of the sufficient regulations on civil and business law, excessive rigidity, the unclarity and the disorder of its content, and the defective forms of writing. He concluded that the law was developed historically under the following form of the *iter* of evolution: usages, customary law, written law, special laws and at last codification. Qichao Liang gave up the traditional exegetic way of studying the historical documents and attempted to explain the Chinese traditional law with an open and modern methodology, namely, a modern interpretative research method of history. In this paper, for the first time in the legal history of China, a Chinese scholar applied massively the Western theory, methodology and legal terms to study the Chinese traditional law and conducted a comparative research with Western legal history. This paper opened a new frontier of legal historiography and placed the basis for its further development in China.

As a leading historian, Qichao Liang stressed always the importance of utilizing the historical materials for the purpose of the explanation and deduction of history from the point of view of today. In other work on the traditional politics of China, entitled “*History of Political Thoughts before Qin Dynasty*” (1922), he argued that the following three methods should be applied together for the research of history of legal thoughts: *a)* individuation and classification of questions. This is the first step of research of history; *b)* method of chronological analysis, which means the collection and

(15) The paper was written in Japan in 1904 and was published for the first time in *Journal of New People* (Xin Ming Zhong Bao), vol. 80-82, from May 1906 to July 1906. Further, it was reprinted in the collection of QiChao Liang's complete works. See QICHAO LIANG, “*On the Gain and Loss in the History of Compilation of Chinese Written Law*” ((*Lun Zhong Guo Cheng Wen Fa Bian Zhi Zhi De Shi*), in *Complete Works in Yinbing Shi* (Yin Bing Shi He Ji”), Vol. 6, Beijing, 1936, p. 1 ss.

analysis of the historical materials on the subject of research, following the chronological order; *c*) method of sectorial research, which indicates the analysis of the legal thoughts of history of the personages holding the same or similar position (16).

From 1904 to 1949, besides the History of Chinese Legal Orders, the History of Chinese and Foreign Legal Thoughts and the Roman Law were incorporated in the curriculum of study in Chinese law schools and became the main objectives of law research. According to the statistic, 245 papers and 68 books on the legal history were published (27 of these books concerned the history of legal orders) (17). The traditional term “Law (*Fa*)” referred not only the criminal law but also all legally enforceable norms enacted by legislature and acquired an extensive and modern sense. The term “Order (*Zhi*)” was viewed as the systemic socio-economic rules observed by the people even if not produced by the legislative power (18).

2. *Honglie Yang's works: interpretation of the Chinese traditional law through the application of Western research method.*

In spite of its success, Qichao Liang essentially was an expert of political science and history and his 1904 paper failed to analyze sufficiently the whole development of the Chinese legal history by use of a Western method of research of legal history. This task was

(16) Qichao Liang, *History of Political Thoughts before Qin Dynasty (Xian Qin Zheng Zhi Si Xiang Shi)*, in *Complete Works in Yinbing Shi (Yin Bing Shi He Ji)*, Vol. 50, Beijing, 1936, pp. 7-8 and pp. 11-12. The same idea was expressed also in Qichao Liang, *The Method of Research of Chinese History (Zhong Guo Li Shi Yan Jiu Fa)*, Beijing, 1947, p. 1.

(17) For a detailed list of these publications, see CHAOYI PANG, *List of Research Results of Legal Historiography in Modern China (Jin Dai Zhong Guo Fa Lü Shi Yang Jiu Cheng Guo Yi Lang Biao)*, in *Research on the Legal Culture (Fa Lü Wen Hua Yan Jiu)*, 2010, pp.552- 560.

For the list of books, see Beijing Library (Ed.): *Complete List of Law Books in the Period of the Republic of China*, (Guo Min Shi Qi Zong Shu Mu), 1990.

(18) This idea on the distinction between “*Fa*” and “*Zhi*” was expressed clearly by Guyuan Chen, a leading expert of Chinese legal historiography. See Guyuan Chen, *History of Chinese Legal Order (Zhong Guo Fa Zhi Shi)*, Beijing, 1934, pp. 2-3. However, some other scholars insisted in viewing “*fa*” only as penal law. See Shude Cheng, *History of Chinese Legal Order (Zhong Guo Fa Zhi Shi)*, Beijing, 1928, 1.

completed by his student Honglie Yang (1903-1977), other pioneer of Chinese legal historiography. The publication of Yang's three famous works – “*History of Development of Chinese Law*” (1930)⁽¹⁹⁾, “*History of Chinese Legal Thoughts*” (1936) and “*Influence of Chinese Law in East-Southern Asia*” (1937) marked the arrival of a new level of research of Chinese legal historiography. The scholar dedicated a special attention on the application of the method of research in all of these books.



History of Development of Chinese Law (by Honglie Yang, 1930)

In 1930 “*History of Development of Chinese Law*”, inspired by the Japanese and Western works on legal history and with intention of realizing a systematic description of the Chinese legal system, the author conducted a very deep and wide research on how the Chinese traditional law was developed, observing not only the sources of law, the relation between the state power and the law, but also the different natures of laws, always from Western angle of view. He studied either the written law or the unwritten law in action. In the preface of this book, Yang confessed clearly that

the research methods applied by him and resulting from the study of foreign books on legal history⁽²⁰⁾ are the following: 1) the mixed application of the exterior (Wai Bao Yan Jiu fa) and interior (Nei Bao Yang Jiu fa) study of history. The exterior study of history

⁽¹⁹⁾ This book was considered the best book on the Chinese legal history by Joseph Needham (1900-1995). See Joseph Needham, *Science and Civilisation in China*, Vol. 2, *History of Scientific Thought*, Cambridge, 1991, p. 586.

For Honglie Yang's excellent contribution to the Chinese legal historiography, see GUANGAN, LIU, *Honglie Yang and Legal Historiography* (*Honglie Yang He Fa Lü Shi Xue*), in *Jurists* (Fa Xue Jia), Vol. 1994.

⁽²⁰⁾ In particular, R. POUND, *Interpretation of Legal History*, New York, 1923; J. Escarra, *Western Methods of Researches into Chinese Law*, in *Chinese Social and Political Science Review*, Vol. VIII, January, 1924; WOODROW WILSON, *The State: elements of historical and practical politics*, 1889; Pierre De Tourtoulon, *Philosophy in the Development of Law*, New York, 1923.

means the research on the historical development of law, the relation between State and law and the sources of law; the interior study of history indicates the survey on the nature of law and its evolution; 2) the combination between the study on law in action (the so-called “vertical research”) and that on law in action (the so-called “horizontal research”); 3) the mixture between comparative and historical methods of research. Speaking about Escarra’s work entitled “*Western Methods of Researches into Chinese Law*” (21), he held that the observation, as the first step of research served “to build the technical structure of an institution” (22).

In principle, the research method practiced by Honglie Yang was the same developed by Qichao Liang. As he advocated in the preface of the 1930 “*History of Development of Chinese Law*”, Yang attempted to conduct three different researches on the Chinese legal history: first, the research on the historical development of an institution; second, the systematic research for the purpose of understanding the theory of Chinese law; third, research on the legal thoughts of the Chinese jurists, for which, he dedicated his 1936 *History of Chinese Legal Thoughts*. This second book applied better all the said research methodologies.

This book was the first Chinese book analyzing the whole history of the Chinese legal thoughts (23). In this book, the Chinese legal history was divided into four period: embryonic period (Dynasty Yin and Dynasty Zhou); period of controversy on law between the various schools (Spring and Autumn period and Warring State period); period of domination of Confucianism (from Han Dynasty to the end of Qing Dynasty); period of invasion of European and Anglo-American Law (from 1902 till the enactment of laws by the governments of the Republic of China). Yang created this structure for a book on history of Chinese legal thoughts, considering the long-existing influence of Confucianism and its special function as the source of law. This chronological division for the Chinese legal

(21) See supra note 20.

(22) See HONGLIE YANG, *History of Development of Chinese Law* (Zhong Guo Fa Lü Fa Da Shi), Beijing, 1930, pp. 9-10.

(23) See HONGLIE YANG, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang), Beijing, 1936, p. 7.

thoughts and the related book-writing structure has been followed essentially by all Chinese scholars.

The author packed up the common rules and principles on the basis of the exegetic research on the historical sources, aiming at drawing the path of the development of the Chinese legal thoughts. He classified the Chinese jurists into different schools according to the diversity of their thinking way about law, applying always the Western research methodologies. He attempted to catch the main-streams of the legal thoughts in the different historical period, by studying the ideas of each important jurist (24). His objectives of research consisted of searching and establishing, even applying the universal rules of law. Also in this important book, Honglie Yang pointed out three research methodologies: 1) method of exegetic and textual research. 2) mixed application of classification of subject of research, together with the chronological study. He emphasized the importance of chronological division of the subject of research; 3) research method for jurisprudence, according to which, for understanding their historical development, all historical documents reflecting the Chinese legal thoughts shall be diversified and classified on the basis of their different characteristics.

Honglie Yang's original contribution to the Chinese legal historiography consisted also in the publication of 1937 *Influence of Chinese Law in East Asia*, where, unprecedentedly, he succeeded in describing in concrete the influence of the Chinese law on the laws of the neighbouring countries such as Korea, Japan, Vietnam etc., with intention to demonstrate the existence of the Chinese legal system and its radiation toward the rest of the world (25).

In one hand, by examining a huge number of historical documents in his three works, obviously, Honglie Yang adopted the descriptive research method; in the other hand, he attached also importance to the application of the interpretative method, by analyzing and interpreting the Chinese traditional law by use of a plenty of Western legal terms and concepts, such as legal competence, legal capacity, *Rechtsgeschäfte*, Real rights, Rights of obliga-

(24) See HONGLIE YANG, *History of Chinese Legal Thoughts*, Beijing, 1936, p. 3.

(25) See HONGLIE YANG, *History of Influence of Chinese Law in East Asia* (Zhong Guo Fa Lü Dui Dong Ya Zhu Guo De Yin Xian), Beijing, 1937.

tions. In addition, the criteria for the classification of legal concepts in the Chinese traditional law and the chronological division of Chinese legal history was also modelled on the Western legal historiography. Yang's works placed the basis for the further development of all legal historiography in China. It is easy for us to find that the aim of Honglie Yang's works was to verify the existence of law, intended by the West, in China and interpret it in Western way. It was also noticeable that the documentation used in this book was limited to the official documents issued by the Chinese governors.

3. *T'ung-Tsu Ch'u's sociological study on the traditional law and his attention to law in action.*

In order to fill this gap and pay more attention to the traditional law in action, in 1947, T'ung-Tsu Ch'u (1910-2008), the other excellent expert of Chinese legal historiography, published a masterpiece, called "*China Law and the Chinese Traditional Society* (Zhong Guo Fa Lü Yu Zhong Guo She Hui) (26). This book had the following characteristics: 1) the approach of case and sociological study was carried out to demonstrate how the Chinese traditional law worked actually in the context of description of its development; 2) a particular attention was paid to the interaction between the families, the clans, the social classes in law in action; 3) the author conducted some comparative research on the influence of legalism and Confucianism on the formation of the Chinese legal system and explained in concrete and convincingly



T'ung-Tsu Ch'u (1910-2008)

(26) T'UNG-TSU CH'U, *China Law and the Chinese Traditional Society* (Zhong Guo Fa Lü Yu Zhong Guo She Hui), Beijing, 1947, reprinted in Beijing, 1981, with added preface of the author. The author realized by himself its English version and published it in 1961. See T'UNG-TSU CH'U, *Law and Society in Traditional China*, Mouton & Co. Press, 1961, reprinted in Beijing.

how the Chinese law had been confucianized; 4) the path of development of Chinese law was trailed and analyzed on the premise that the socio-economy of the Chinese traditional society remains essentially unchangeable in the whole feudal period. 5) The documentation used in this book included not only the official legal codes or documents, but also some court decisions and the private records of event. The author asserted that the traditional social structure based on family, clan relationship and classes constituted the indispensable condition for the long-existing and stable operation of Confucianism in the Chinese traditional society. This conclusion has been largely agreed by the Chinese experts of law till now (27). For all of these reasons, this work was considered as an excellent example on how to historically interpret the function of law and its relationship with society, by use of the descriptive materials acquired from the pure research of history (28). It was a masterpiece on how to implement well the descriptive and the interpretative methods at the time to conduct the research of the Chinese legal historiography.

With their works and by use of Western interpretative way of law, Qichao Liang, Honglie Yang and T'ung-Tsu Ch'u, strived to realize the modernization of the Chinese legal historiography and carry out the principle so-called "to make the past serve today and the foreign things for China" (*Gu Wei Jin Yong, Yang Wei Zhong Yong*) (29).

Some Chinese experts of legal philosophy and comparative law

(27) See T'UNG-TSU CH'U, *Law and Society in Traditional China*, Mouton & Co. Press, 1961, p. 4; T'UNG-TSU CH'U, Preface of *China Law and the Chinese Traditional Society* (Zhong Guo Fa Lü Yu Zhong Guo She Hui), Beijing, 1981.

On T'ung-Tsu Ch'u's thoughts and the importance of this book, see Zhiping Liang, "Society of Status and Law" (Shen Feng She Hui He Fa Lü), in *Reading* (Du Shu), vol. 3, 1998.

(28) JIANG WANG, "T'Ung-Tsu Ch'u and Research on the History of Chinese Society" (T'Ung-Tsu Ch'u He Zhong Guo She Hui Shi Yan Jiu), in *Peking University Law Review* (Zhong Wai Fa Xue), Vol. 4, 1998.

(29) In the first half of 20th century, the other works on the Chinese legal history concerned more the study of the history of a sectorial law or that of a specific period, in particular, the history of constitution law in the end of Qing Dynasty and the Republic of China. For all, see Chaoyi Pang, *List of Research Results of Legal Historiography in Modern China* (Jin Dai Zhong Guo Fa Lü shi Yang Jiu Cheng Guo Yi Lang Biao), in

also studied intensively the Chinese traditional law, focusing on its nature and the philosophical thoughts, as well as its relation with Chinese religions, and they conducted important comparative research between China law and foreign laws. John Ching-hsiung Wu (1899-1986) ⁽³⁰⁾ was the most prominent scholar in these fields of research. By use of comparative approach and the Western descriptive system on law, he concluded that the creation and development of the Chinese traditional law was based on the philosophy concentrated on the interaction between human being and nature, the legalization of the morals and the idea of patching up quarrels and reconciling the parties concerned ⁽³¹⁾.

In conclusion, from 1904 to 1949, under the influence of the foreign legal culture, the Chinese legal historiography became autonomous and independent from other subjects of science and the Chinese scholars adopted some completely new methods of research and achieved some significant success, although this time was still a period of transition for the Chinese legal historiography.

Research on the Legal Culture (Fa Lü Wen Hua Yan Jiu), 2010, pp. 552-560.

The Chinese scholars attached also importance to the study of Roman Law, in order to understand better the historical roots of Western law. The most important works on Roman Law published in that period were as follows: Youchang Huang: *Roman Law and Modern Society* (*Luo Ma Fa Yu Xian Dai*), Beijing, 1915 (which is the first Chinese book on Roman Law); Chaobi Cheng, *Elements of Roman Law* (*Luo Ma Fa Yuan Li*), Beijing, 1936; HanPing Qiu, *Roman Law* (*Luo Ma Fa*), Shanghai, 1933.

⁽³⁰⁾ John Ching-hsiung Wu obtained his Ph. D degree from University of Michigan with a thesis entitled "Readings from Ancient Chinese Codes and Other Sources of Chinese law and Legal Ideas" (in Michigan Law Review, 1921) and studied legal philosophy at the University of Paris with F. Gény (1861-1956) and at Berlin University with Rudolph Stammler (1856-1938). He conducted also research of law at Harvard University and kept very close academic contact with the leading American legal experts - Roscoe Pound and Judge Oliver Wendell Holmes.

⁽³¹⁾ His principal publications are written in English, including *Juristic Essays and Studies* (1928), *Fountain of Justice: A Study in the Natural Law* (1955), *Natural Law: A Comparative Study* (1955), *Jurisprudence as a Cultural Study* (1956), *Menciu's Philosophy of Human Nature and Natural Law* (1957), *Natural Law and Democracy in China Philosophy* (1957), *Chinese Legal Philosophy: A Brief History Survey* (1958), *Cases and Materials on Jurisprudence* (1958), *The Natural Law and Christian Civilization* (1962), *The Philosophy of Natural Law: A Comparative Study* (1975).

His most important works in Chinese is: JOHN CHING-HSIUNG WU, *Research on the Legal Philosophy* (Fa Lü Zhe Xue Yan Jiu), Shanghai, 1933.

III. SETBACK AND REBOUNING OF CHINESE LEGAL HISTORIOGRAPHY (FROM 1949 TILL NOW).

1. *Setback period (from 1949 to 1979).*

After the 1949 founding of the People's Republic of China, the importance of law research and study decreased immediately, due to the communist ideology. According to the law doctrine of Marxism, which was the unique existing official legal theory in New China, law is the expression of will of dominant class and existed only with the power of State. The decisions of the proletariat class shall work as law in that period since this class was dominant class. Moreover, Mao Zedong said that "to build a new world, we need destroy the old one", hence, the study of history of the traditional Chinese society lost its importance. At the beginning of the years Fifties of last century, the courses "History of Chinese Legal Orders" and the "History of Chinese Legal Thoughts" were replaced by that one so-called "General History of States and Power of Law" (Guo Jia Yu Fa Quan Tong Shi), whose content is as follows: the economic base, struggles between the classes, public administration of government and legal orders⁽³²⁾. During the Culture Revolution (1966-1976), the law study was completely interrupted due to the nihilism of law.

2. *Rebounding period of Chinese legal historiography and the arrival of the crisis (from 1979 to now).*

After 1979 open-up, China began to reform this legislation and the legal education. The studies on Chinese legal history revived and the bipartition of the Chinese legal historiography between "History of Chinese Legal Orders" and "History of Chinese Legal Thoughts" returned to exist. However, before the beginning of 1990s, the au-

(32) YUAN GU, ER SHU ZENG, KUN LIN, JINFANG ZHANG, "Report on the Development of the Chinese Legal Historiography in the Latest 30 years (from 1978-2008)" (Zhong Guo Fa Lü Shi San Shi Nian Fa Zhan Bao Gao), in Mingan, Jiang (edited), *30 Years of the Development of Chinese Legal Science* (Zhong Guo Fa Xue San Shi Nian), Beijing, 2008, p. 570.

thority of Marxism's theory on the legal history seemed to remain still unchallengeable. According to such theory, as the expression of will of the dominant class, law resulted from the struggles between the different classes and "the Marxist legal science was developed on the basis of the dialectical materialism and the historical materialism, aiming at serving for the proletariat, protecting the construction of socialist spiritual and materialist civilization and pursuing the realization of communism" (33). The History of Chinese Legal Orders was defined as the history of the development and the evolution of the different legal orders in China and was structured by the following parts: the legal history of slavery society, that of feudal society, that of semi-feudal and semi-colonized society and that of New Democratic Revolution (34). This is also the structure followed by any text books on the history of Chinese legal orders and history of legal thoughts in 1980s (35). As far as the research of history of legal thoughts was concerned, the Marxist legal view was also applied and the authors of the related book always recalled the letters to criticize the legal thoughts of some Chinese traditional jurists, who were the representatives of exploiting class, during the reading (36).

At the beginning of the 1990s, China decided to develop the market economy and speed up the economic reform and its open-up to the world. Therefore, due to the increasing introduction of foreign legal culture and the globalization of law, the Marxist view of law faced gradually the tough challenges from the Western legal

(33) YOUYU ZHANG and LIANGZHI PANG, "Introduction to Legal Science", in *Chinese Encyclopedia, Part of Law* (ZHONG GUO DA BAI KE QUAN SHU, FA XUE JUAN), Beijing, 1984, p. 1.

(34) SEE SHENGQING CHEN and JINGFANG ZHANG, "History of Chinese Legal Orders", in "Chinese Encyclopedia, Part of Law" (Zhong Guo Da Bai Ke Quan Shu, Fa Xue Juan), Beijing, 1984, p. 762. The term "New Democratic Revolution" refers to the revolution completed by the Chinese communist party in the period of the Republic of China.

(35) For example, the most authoritative text book in the period, JINFANG ZHANG, *History of Chinese Legal Orders* (Zhong Guo Fa Zhi Shi), 1st edition, Beiing, 1982.

(36) See the most authoritative text book, GUOHUA ZHANG, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Shi), Beijing, 1982, p. 2; HEGAO YANG, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Si), Jinan, 1986, 3; Hegao Yang, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Si), Beijing, 1988, p. 2.

systems. With respect to other fields of law research in China, since the beginning of 1990, the legal historiography has obtained more autonomy from the control of the official ideology since history is considered always something about the past and far from today's life and more free from political interests and struggle⁽³⁷⁾. Hence, the words “legal history of the periods of slavery society, of feudal society, of semi-feudal and semi-colonized society and of New Democratic Revolution” in textbooks of Chinese legal historiography in 1980s were replaced by the “legal history of early periods of Chinese law, of the ancient Chinese law after Warring States, of Modern Chinese law” in those published after 1990. The said structure of the text book on the History of Legal Orders in 1980s was modified and returned to adopt the features in the books of legal historiography in the Republic of China, which were drafted exactly following the chronological order of Chinese dynasties starting from Xia Dynasty (21-14 B.C.)⁽³⁸⁾. Respectively, the textbooks on the History of Legal Thoughts went back to adopt the structure

⁽³⁷⁾ However, it is noticeable also that till now, no book on the general legal history of the People's Republic of China has been published in Mainland China.

The legal history of PRC has been discussed only in some books or papers on the history of some sectorial law. For example, with regard to history of civil law, some historical materials of legislative activities of PRC were collected in QINGHUA HE, XIUQING LI AND YI CHEN (edited), *Complete Collection of the Drafts of Civil Code in PRC* (Xin Zhong Guo Min Fa Dian Cao An Zong Lang), 3 vol., Beijing, 2003 and) and the history of development of PRC was studied in QINHUA HE AND XIAOFU YIN (edited), *History of Civil Law in PRC* (Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Min Fa Shi), Shanghai, 1999. Till now, no book on the general legal history of PRC is published.

However, recently, the Chinese scholars are interested particularly in the study of the Chinese legal history after 1978 and achieved some significant results. See MINGAN, JIANG (edited), *30 Years of the Development of Chinese Legal Science* (Zhong Guo Fa Xue San Shi Nian), Beijing, 2008.

⁽³⁸⁾ For example, XUANYI ZENG (edited), *History of Chinese Legal Orders* (Zhong Guo Fa Zhi Shi), 3 rd edition, Beijing, 2009; XUANYI ZENG and XIAOGENG ZHAO (edited), *History of Chinese Legal Orders* (Zhong Guo Fa Zhi Shi), 4 rd edition, Beijing, 2013; JINGFANG ZHANG (edited), *History of Chinese Legal Orders* (Zhong Guo Fa Zhi Shi), 4rd edition, Beijing, 2011.

Even if actually the structures of these contemporary books are slightly different from that adopted by Honglie Yang, all authors agreed to separate the period of the domination of Confucianism and the modern period under the foreign legal culture from all other historical periods.

of Honglie Yang's 1936 book ⁽³⁹⁾. This is the method of writing the text books of legal historiography that is adopted in China today ⁽⁴⁰⁾.

Due to its return to the paradigm developed by the scholars in the republic of China, primarily by Honglie Yang and T'ung-Tsu Ch'u, in terms of research method, the Chinese legal historiography is in crisis, even if quantitatively, the Chinese scholars have achieved a great success in the field of legal historiography till now ⁽⁴¹⁾, seeing that only from 1978 to 2008, more than 5000 papers, about 500 monographs and more than 100 text books on the Chinese legal historiography were published ⁽⁴²⁾.

Many Chinese scholars realized that the real figure of the

⁽³⁹⁾ See HEGAO YANG, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Shi), Beijing, 2000; SHUCHENG WU, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Shi), Beijing, 2004; JIANG GUO, *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Shi), Shanghai, 2007; XIAOHONG MA (edited), *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Shi), Beijing, 2007; GUILLIANG LI and QICHENG LI (edited), *History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Shi), Beijing, 2010.

⁽⁴⁰⁾ As the legal historiography is the science developed on the basis of the proven historical facts, many conclusions should remain unchanged (or unchangeable), in substance, the content of the majority of these textbooks after 1990 were similar to the precedent works. This stereotyped methodology of research and study of legal history has been criticized sharply recently. For the criticism, see ZHIPING LIANG, *View of Legal Historiography: Methods, Interests and Paradigms* (Fa Lü Shi De Shi Jie: Fang Fa, Zi Qi Yu Fang Shi), in *Chinese Culture* (Zhong Guo Wen Hua), 2002, p. 10-11.

⁽⁴¹⁾ It is worth mentioning the publication of two important series of books of Chinese legal historiography in 1990s: JINFANG ZHANG (edited), *General History of Chinese Legal Orders* (Zhong Guo Fa Zhi Tong Shi), Beijing, 1990; GUOHUA ZHANG, XINGXIAN RAO, HEGAO YANG (edited), *General History of Chinese Legal Thoughts* (Zhong Guo Fa Lü Si Xiang Tong Shi), Taiyuan, 1990-1994.

The first series contained 11 books and the second 10 books. Rich information on Chinese legal historiography was provided encyclopedically in these books. For this reason, they became the fundamental books of reference for the study of the Chinese legal history.

Nevertheless, these two series of books followed the same structure of textbook and like many law scholars of that day in China, their authors continued to stress the necessity of conducting research from the point of view of the dialectical materialism and the historical materialism, so actually, adopted very little new research methodology.

⁽⁴²⁾ These publications covered all of five conventional fields of legal historiography: general legal history, dynastic legal history, sectorial legal history, legal history on specific topic, textual research on documents of legal history. See YUAN GU, ER SHU

traditional Chinese law was viewed wrongly by Qichao Liang in his 1904 paper due to his analysis by use of Western legal theory, doctrine, legal terms, concepts and institutions, and this wrong understanding became aggravated further in Honglie Yang's works. In this way of observing and studying the Chinese traditional law, the only thing done was to verify the existence of Western law in China, rather than to study and understand the true Chinese traditional law⁽⁴³⁾. Many legal phenomena and activities existing in the Chinese traditional society could not be found or caught by the people who want to view the law only in western way.

Some usually illogical criticism on the underdevelopment of the Chinese law was caused also by this mentality of legal West-Centrism. For example, no word in the Chinese traditional law corresponded to the terminology "civil right", however, it did not mean that there was no civil rights in the traditional China since obviously the parties aimed to find the protection of their rights while going to court or the third party entrusted by them for the conciliation⁽⁴⁴⁾. The absence of the legal terms of civil law, such as real rights, rights of obligations, the legal competence etc., in the Chinese traditional law, did not enable us to conclude that there was no civil law in the Chinese traditional society⁽⁴⁵⁾.

The main laws in eyes of the Western lawyer are Civil Law,

ZENG, KUN LIN, JINFANG ZHANG, cit., p. 572, p. 583.

According to an uncompleted statistic, from 2008 to the end of 2012, about 600 articles and 150 books on Chinese legal history were published in the latest 6 years.

⁽⁴³⁾ XINGJIE LIU, "History of Chinese Law" or "History of Western Law in China" ("Zhong Guo Fa De Li Shi" Hai Shi "Xi Fang Fa Zai Zhong Guo", in *Research on Social Science* (She Hui Ke Xue Yan Jiu), vol. 4, 2009, p. 87.

⁽⁴⁴⁾ ZHONGMING XU, *Possible Perspectives of Chinese Legal Historiography: Surpassing the West or Return to Homeland?* (Zhong Guo Fa Zhi Shi Yan Jiu De Ke Neng Qian Jing: Chao Yue Xi Fang, Hui Gui Ben Tu), in *Forum of Politics and Law* (Zheng Fa Lun Tang), vol. 1, p. 9.

The same opinion also was already expressed by some leading foreign scholars in 1980s. For instance, P. A. COHEN, *Discovering History in China: American History Writing on the Recent Chinese Past*, Columbia University Press, 1984; R. SACCO, "Cina", in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, pp. 360-365.

⁽⁴⁵⁾ Unfortunately, under the influence of Western law, many scholars thought that there was no civil law in traditional China. See XIAOXING YE, *History of Chinese Civil Law* (Zhong Guo Ming Fa Shi).

Criminal Law, Civil Procedural Law, Administrative Law and Constitutional Law. Therefore, the main goal of the research of Chinese law was always to search the corresponding laws, in the Chinese traditional society, by use of chronological division of Chinese dynasties and the classification of historical materials and the codes, norms, rules, concepts and institutions in Western way. Due to the application of this kind of method of research, the peculiarity and the rationality of Chinese law and the great difference between it and Western law was almost totally ignored and the universal nature of Western law was exaggerated⁽⁴⁶⁾. The Chinese law in action was always different from its law in books since the justice in the Chinese traditional society was realized not only by law, but also by feeling (Qing, 情) and rationality (Li, 理)⁽⁴⁷⁾. If we ignore those differences between Chinese law and Western law and used exclusively Western legal theory to study the law, it is impossible for us to photograph a precise, real and complete figure of the Chinese traditional law⁽⁴⁸⁾ and the traditional theory of Chinese law, formed in over 5000 year history, would fall down completely⁽⁴⁹⁾. Due to the complete reception of western legal theory, the legal historiography in China has resulted often in the “verification of the existence of the corresponding Western legal institutes or phenomena in China”, instead of “a description of real Chinese legal history”.

This crisis became more serious also because:

1) the “living room” of scholars of legal historiography seems to get smaller and smaller, due to the continuous pressure from their colleagues of historiography and law. Many scholars of legal historiography in China lack the sufficient knowledge on law, with

⁽⁴⁶⁾ See XINGJIE LIU, “*History of Chinese Law*” or “*History of Western Law in China*”, cit., 87.

⁽⁴⁷⁾ For the function of “Qing” “Li” and “Fa” in the realization of justice in Chinese traditional law, see ZHONGXING FAN, “*Qing*” “*Li*” “*Fa*” and the Chinese (Qing Li Fa Yu Zhong Guo Ren), 2nd edition, Beijing, 2011.

⁽⁴⁸⁾ In this sense, see K. L. SO BILLY, “*Sino Legal System in the Modern Interpretation of Law*” (Xian Dai Fa Xue Quan Shi Zhong De “Zhong Hua Fa Xi”), in ZHONGQIU ZHANG (edited), *Collections of Papers of an International Symposium on Sino Legal System*, Beijing, 2007, p. 114.

⁽⁴⁹⁾ QINHUA HE, *History of Doctrines of Chinese Law* (Zhong Guo Fa Xue Shi), vol. 3, Beijing, 2007, p. 191.

respect to the law experts, and at the same time, they have much less capacity of research on history than the pure historian. A question has been raised rigorously for long time: the legal historiography is a part of legal science or more like a part of historiography, or definitively *nothing*?! (50);

2) The clear separation between history of legal orders and the history of legal thoughts, among the legal historiography, made it difficult to realize some valuable research on the Chinese traditional law. Many persons who study the history of legal orders know little about the history of legal thoughts and vice versa. This handicapped capacity of research among some scholars in China became an obstacle for the development of the Chinese legal historiography.

3. *Breakthrough in crisis.*

So, how to break through this West-Centrism paradigm of research to figure out the real Chinese traditional law? This is a central question in today's research of Chinese legal historiography. The debates are still open and till now the Chinese experts have proposed and carried out some interesting solutions:

- 1) *To widen the sphere of the historical materials for the study of the Chinese legal history.*

Today's research on Chinese legal historiography focuses mainly on the law of State, the law of elite', national law, the classification of legal concepts in the Chinese traditional society, rather than the folk law, the view of law of the people, the local law, the actual functions of law and law in action (51).

The traditional historical materials for the study of the Chinese legal history were limited principally to the codes and other official

(50) See JINGWEN XIA, *Some Reflections on the Chinese Legal Historiography in 21th Century* (Er Shi Yi Shi Ji Zhong Guo Fa Lü Shi Xue Yan Jiu De Ji Ben Si Lu), in *Studies and Exploration* (Xue Xi Yu Tang Shuo), vol. 1, p. 42-44; LI LI, Excursus, *Where the Legal Historiography shall go?*, in *Forum of Politics and Law* (Zheng Fa Lun Tang), vol. 6, 2006, pp. 10-12.

(51) See ZHONGMIN XU: "Stories on Bao Gong, a Point of View of Chinese Legal Culture", Beijing, 2002, p. 25.

documentation. Even if the collection and sort-out of these official written norms and documents have been carried out with success⁽⁵²⁾, they are only one part of the sources of the Chinese law and the principal legal rules actually operating in the traditional Chinese society existed in other forms, which included “the archives of court decision, directive documents of the clerks for their public administration and judicial affair, records on local history or local law, usages, the private legal documents such as the copies of contract, documents related to the division of property, the village regulations, rules of family and clan, business documents, secret professional works of attorney at law, books on the guidance of daily life, novels, diaries, opera libretto, proverbs of law, antiques, pictures and paints etc.,⁽⁵³⁾”. Not only the important legal figures and works but also the ordinary legal lives of the common people in the history have been studied carefully.

By analyzing the court archives of County Danxing in Taiwan discovered in 1950, Yuanhui Dai, professor of Taiwan National University reconstructed in concrete the system of justice in Qing Dynasty⁽⁵⁴⁾. After this success, many American and Japanese scholars of Chinese law studied also intensively the court archives with the approach of case study⁽⁵⁵⁾. Following this new tendency,

(52) For example, YOUYU ZHANG (edited), *“Compilation of the Chinese Codes”* (Zhong Hua Fa Lin Ji Cheng), Changchun, 1991; JIANGSHI MA (edited), *Annotation on the Code of Qing Dynasty* (Da Qing Lü Li Kao Zhu), Beijing, 1992; YIFANG YANG (edited), *Collection of Rare Legal Documentation of China* (Zhong Guo Zheng Xi Fa Lü Dian Ji Ji Cheng), Beijing, 1994; TAO TIAN (edited), *Inheritable Codes of China* (Zhong Hua Chuang Shi Fa Dian), Beijing, 1999.

(53) ZHONGMIN XU, *Possible Perspectives of Chinese Legal Historiography: Surpassing the West or Return to Homeland?*, cit., p. 10-11.

(54) YANHUI DAI, *Taiwan’s System of Justice in Qing Dynasty* (Qing Dai Tai Wan De Si Fa Zhi Du), Taipei, 1955.

(55) The foreign researcher used principally the government archive of County Ba in Sichuan province. The main works are: D. Buxbaum, *Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1895*, in *The Journal of Asian Studies*, 1971, Vol. 30, No. 2; Kathryn BERNHARDT, PHILIP C. C. Huang (edited), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994; MARK A. ALLEE, *Law and Local Society in Late Imperial China-Northern Taiwan in the Nineteenth Century*, Stanford University Press, 1994; BRADLY W. REED, *Talons and teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford University Press, 2000.

the Chinese scholars paid more and more attention to the study of court decisions from the beginning of 1990s and in 1997, Shirong Wang published the first monograph on the study of Chinese court decisions in Mainland China ⁽⁵⁶⁾ and analyzed systematically the most relevant court judgments in the Chinese traditional law. Recently, the study on the court decisions became more and more popular and many related publications have come out ⁽⁵⁷⁾. The study of historical legal documents included also the archives of local government ⁽⁵⁸⁾, the private contracts ⁽⁵⁹⁾, and any kinds of documents written by the Chinese mandarins ⁽⁶⁰⁾. Upon a complete study of the legal doctrines of the Chinese traditional jurists, Qinhua

⁽⁵⁶⁾ SHIRONG WANG, *Research of Chinese Traditional Court Decisions* (Zhong Guo Gu Dai Pang Ci Yan Jiu), Beijing, 1997. In the same year, he published another important book on the Chinese traditional court decision, entitled “*Studies on the Texts of Chinese Traditional Court Decision*” (Zhong Guo Gu Dai Pang Li Yang Jiu), Beijing, 2007.

⁽⁵⁷⁾ Among them, the most important papers were: WEIFANG HE: “*Style and Spirit of Chinese Traditional Court Decisions*” (Zhong Guo Gu Dai Pang Jie De Feng Ge He Jing Sheng), in *Chinese Social Science*, vol. 6, 1990; ZHIQIANG WANG, *Value Judgment in Courts Decisions of Song Dynasty* (Nang Song Si Fa Cai Pang De Jia Zhi Qu Xiang), in *Chinese Social Science*, vol. 6, 1998; SHIRONG WANG, “*Studies on Precedents in the Chinese Traditional Law*” (Zhong Guo Gu Dai Pang Li Yan Jiu), in *Chinese Legal Science* (Zhong Guo Fa Xue), vol. 1, 2006; SHIRONG WANG, *Function of Precedents in the Chinese Traditional Law* (Pang Li Zai Zhong Guo Chuang Tong Fa Lü Zhong De Gong Neng), in *Studies on Law*, vol. 1, 2006; ZHIQIANG WANG, “*Precedent*” in the Narrative of Chinese Legal History (Zhong Guo Fa Zhi Shi Xu Shi Zhong De Pang Li), in *Chinese Social Science*, vol. 2, 2011, pp. 55-67.

⁽⁵⁸⁾ For the research on the local archives of County Bao Di, see JIANG YU, *Rule of Nomination of Heirs and Court Justice in County in Qing Dynasty* (Qing Dai De Li Ji Gui Zhe Yu Zhou Xian Shen Li), in *Forum of Politics and Law* (Zheng Fa Lun Tang), vol. 9, 2007. For the research on the local archives of County Nan Bu, see ZHAN LI, “*Society*’ at the End of Qing Dynasty in the Justice of Court” (Wang Qing Zhou Xian Shen Duan Zhong De “She Hui”), in *Research of Social Science* (She Hui Ke Xue Yan Jiu), vol. 5, 2007.

⁽⁵⁹⁾ TAO TIAN, *Archives of Litigation and Report of Survey in Huan Yuan* (Huang Yuan Su Song Dan An Ji Diao Cha Bao Gao), Beijing, 2004.

⁽⁶⁰⁾ The study on the legal thoughts of Chinese mandarins, who were the bureaucratic officers and carried out the law as judges, was very important for understanding the Chinese traditional law. For the research results on the legal thoughts of the mandarin, see JINLIANG CHEN, “*Literature and Jurisprudence, Optimization of their Capacity. On the Legal Accomplishment*” (Wen Xue Fa Li, Xian Jing Qi Neng. Lun Liang

He completed the publication of the first Chinese book on the history of Chinese legal doctrines in 2006 ⁽⁶¹⁾.

The ascertainment of the truth is the ultimate scope of historiography. All reliable research of history must be realized on the reliable documents. In my opinion, in an official history, as it is always written by the winner, the names and the generality of personages, the places and the dates of the events are verisimilar true, but frequently the stories are invented; however, in a history recorded in literature, as it is written by a simple person, the name and the generality of personages, the places and the dates of the events are false, however, the stories usually are true! This makes extremely important the study of literature works for understanding the legal history. In the latest years, the Chinese traditional literature evoked great interest from the scholar. Li Shu, a leading expert of legal history, conducted some research on the relationship between legal history and literature ⁽⁶²⁾. Particularly noticeable is Zhongmin Xu's work entitled "*Stories on Baogong, a point of view of Chinese legal culture*" (Beijing, 2002). Inspired by T'ung-Tsu Ch'u's "*Law in the Chinese traditional society*" and by use of the sociological method to study legal history, in this book, the author analyzed the classic literature on the concrete cases decided by Bao Gong (999~1062 A.C.), a legendary mandarin in Dynasty Song, aiming to discover how the law worked actually in that period.

The publications of works on the research on the Chinese traditional law through the analysis of classic literature demonstrated the definitive extension



Bao Gong (999-1062 A.C.)

Song Shi Dai Fu De Fa Lü Su Yang), in *Law Review of Nanjing University*, vol. Autumn 1996 and Spring 1997.

⁽⁶¹⁾ QINHUA HE, *History of Chinese Legal Doctrines* (Zhong Guo Fa Xue Shi), 3 vol., Beijing, 2006.

⁽⁶²⁾ LI SHU, "*Law and Literature: Taking the Chinese Traditional Opera as Research Materials*" ("Fa Lü Yu Wen Xue: Yi Zhong Guo Chuang Tong Xi Ju Wei Cai Liao"), Beijing, 2006.

of the traditional fields of the Chinese legal historiography, which were composed of “the law of State, the legal thoughts of elite’, national law, classification of legal concepts and legal norms”, to some new spheres, such as folk law, the popular view of law, the local law, the actual functions of law and law in action. This extension of the research fields made inevitable the reform of the methodologies of research.

2) *To adopt some new methods of research of legal historiography.*

As above mentioned, at the beginning of last century, the main research method adopted by the Chinese scholars was T’ung-Tsu Ch’u’s and the most representative work in this sense is Jiaben Shen’s “*Historiography of Criminal Law in Different Dynasties*” (1901). The publications of Qichao Liang, Honglie Yang and T’ung-Tsu Ch’u’, stressed more the practice of the interpretative research method. During the period of domination of Marxist view of law, the descriptive and interpretative methods were applied only to study the history of power of State. After the decline of Marxist legal science, in the historical context of the beginning of years Ninety of last century, the research methods were renovated not only to satisfy the need of the extension of the research of objects of the Chinese legal historiography but also that of the expansion of the freedom of the research in China. The principal new research methods of legal historiography adopted recently in China are the following:

a. *Seminar research method.*

It means to abandon the stereotyped way of writing the text books by studying chronologically the most prominent jurists, but to select some relevant topics in determinate period and conduct the research more profoundly. For example, in the famous “*New Text-book of Chinese Legal Thoughts*” (*Zhong Guo Fa LüSi Xiang Shi Xing Pian*, by Guohua Zhang, Beijing 1991), 11 interesting topics on the Chinese feudal law were analyzed profoundly, without the descrip-

tion of the thoughts of all relevant lawyers of that day ⁽⁶³⁾. Aiming at finding the *Ego* of the Chinese legal thoughts and defending the Chinese traditional legal culture from the invasion of that of the foreign countries, Gengrong Yu's "*General Studies on the Legal Thoughts of Confucianism*" (Ru Jia Fa Si Xiang Tong Lun, Nanning, 1992) was limited to use the Western legal concepts and terms and analyzed some related specific topics on the levels of their value of culture, principles and concrete contents. Zhong Qiuzhang's "*Comparative Study on the Chinese and Western Legal Culture*" (Zhong Xi Fa Lü Wen Hua Bi Jiao, Nanjing, 1991) focused only on some relevant questions on the difference of legal culture between China and Western countries; he studied the political and socio-economic reasons for what such difference was formed.

b. *Method of sociological and cultural analysis on the traditional law.*

According to Max Weber's doctrine of legal sociology, the law is a social phenomenon and a part of culture. No possibility of understanding law, without a precise and complete sociological view of law. From the beginning of 1990s, following this doctrine, some Chinese experts applied this research method to study the Chinese legal historiography.

Zhiping Liang, a contemporary pioneer in this field, advocated that "law shall be interpreted in the understanding of culture and the culture shall be clarified by means of law" ⁽⁶⁴⁾. On this presupposition, following T'ung-Tsu Ch'u's theory, the scholar refused to divide the Chinese legal history into different periods in the chronologic order and included also the law of the primitive society of China as his research object, aiming at deciphering and individuat-

⁽⁶³⁾ YOUGENG HUA AND ZHENGMAO NI, *History of the Chinese Modern Legal Thoughts* (Zhong Guo Jin Dai Fa Lü Shi), Shanghai, 1992-1993, discussed in detail 25 topics, without carrying out the classic research method of chronological analysis.

⁽⁶⁴⁾ ZHIPING LIANG, *Debates on Law* (Fa Bian), Guiyang, 1992, p. 5; ZHIPING LIANG, *View of Legal Historiography: Methods, Interests and Paradigms*, cit., p. 11; ZHIPING LIANG, *Cultural Interpretation of Law* (Fa Lü De Wen Hua Jie Shi), Beijing, 1998, p. 1-72; ZHIPING LIANG, *Thinking in Edge of Law* (Zai Fa Lü De Bian Yuan Chu Si Kao), Beijing, 2003, pp. 242-284.

ing the special elements of the Chinese legal culture. In his opinion, the different laws resulted from the different cultures and a universal law does not exist as there has been never a universal culture. The culture of a people is concentrated and expressed prevalently in the words that they use, so through the analysis of the difference of the words and their evolution in the different historical periods, the path of development of the law could be trailed. “By comparing the materials of legal thoughts with those of legal order and social history”, this scholar “attempted to find the common point and the questions debated by the different schools of thought in the same period...and to catch the long-lasting topics of interest for thinkers in different periods and perceive what has remained intact and what had been modified in these infinite change, slight or significant” (65). In his more recent works, Zhiping Liang studied more the concrete legal problems in the Chinese traditional law always by applications of the said method of cultural analysis and he concluded that the real law applied in the Chinese traditional society was created from down to up (66).

Li Su, professor of law at University of Beijing, also applied intensively the sociological research method on the Chinese traditional law, focusing on the topic of the resistance of the Chinese traditional law against the legal transplanting of Western law. By analyzing in concrete the folk law, the local usages and the real situation of law in action in the traditional society, and observing the social impact of their application, he emphasized the importance of preserving the traditional legal mentality (67). In addition, obviously, the above-mentioned Zhongming Xu’s studies on the legal history in the Chinese classic literature resulted also from the application of sociological research method.

(65) ZHIPING LIANG, The Preface of “*Search for Harmony in Natural Order*” (Xun Zhao Zhi Rang Ci Xu Zhong De He Xie), Beijing, 1997, p. 2 ss. For a concise self-introduction on his method of cultural analysis on law, see ZHIPING LIANG, *View of Legal Historiography: Methods, Interests and Paradigms*, cit., pp. 11-12.

(66) ZHIPING LIANG, *Customary Law in Qing Dynasty: Society and State* (Qing Dai De Guo Jia Yu She Hui), Beijing, 1999.

(67) LI SU, *How the Order was evolved?* (Zhi Du Shi Zen Me Xing Cheng De), Beijing, 1999.

Sometimes, the research conducted in this way results much more sociological than legal, more for the personal interest than for the usefulness of the development of the legal historiography. In *communis opinio*, the legal historiography is essentially a study of law, so this research method was criticized sharply (68).

Even if the Chinese traditional legal culture is always an interesting topic for the experts of the Chinese legal historiography and many publications have come out (69), there is still a lot to do to surpass the level of T'ung-Tsu Ch'u's work and realize actually some concrete results by means of cultural and sociological analysis on the historical documents.

c. *Interpretative method and so-called "two-way functionalism"*.

From 1950s to the beginning of 1990s, many foreign scholars of the Chinese traditional law, in particular, the Japanese and American achieved some significant success by analyzing the historical materials provided by the Chinese scholars of Mainland China (70). The Chinese experts possessed the excellent capacity of discovering the facts on the Chinese legal history and describing the related information, rather than the sufficient capacity of interpreting scientifically the history to work out a resolution, due to the backward legal education and training. So, it seemed that "the Chinese provided the materials to serve the foreign for their interpretation".

In this context, many Chinese scholars recognized this situation and in 1990s, they launched the appeal for improving their capacity

(68) For the criticism, see ZHENGLAI DENG, *Where shall the Chinese Legal Science go?* (Zhong Guo Fa Xue Wang He Chu Qu), Beijing, 2005. JIANGPENG DENG, *New Way-out on the Research on the Chinese Legal Historiography* (Zhong Guo Fa Lü Shi Yan Jiu Si Lu Xing Tang), in *Research on the Legal Historiography* (Fa Shi Yan Jiu), Vol.1, 2008, 143.

(69) In particular, see XIAOHONG MA, *Legal Mentalities in the Chinese Traditional Society* (Zhong Guo Chuang Tong Fa Lü Guang), 1997; SHUCHENG WU, *Chinese Traditional Legal Culture* (Zhong Guo Chuang Tong Fa Lü Wen Hua), Beijing, 2004.

(70) For a detailed analysis on the research results of the foreign scholars in this period, see ZHIQIANG WANG, *Retrospection and Perspectives of Chinese Legal Historiography* (Zhong Guo Fa Xue Shi Yan Jiu Qu Xiang De Hui Gu Yu Qian Zang), in "Chinese and Foreign Legal Culture" (Zhong Xi Fa Lü Chuang Tong), edited by Zhongxing Fan, Beijing, 2002, pp. 68-78.

of interpretation of legal historiography. Xucheng Hu, a young advocator of this thought, argued that the research method of the Chinese legal historiography should be shifted from the descriptive method to that of interpretation. In his opinion, in the use of the interpretative method, “the legal historiography should be viewed as a kind of life experience in a determined period and the observer is required to participate into it to understand its spirits and carry out this spirit, hence, the research conducted in this way constitutes the contact and dialogue between the past and today. This ‘interpretative legal historiography’ is about to face the future ...The function of the interpretative research method consists of figuring out the general significance, even find out some general natural rules, on the basis of the observation and interpretation of the past phenomena of legal culture and the inspiration therefrom, in order to provide useful reference and constructive advises for today’s legal civilization” (71). His idea was appreciated highly by many experts and the so-called interpretative research methodology represents undoubtedly the new tendency of Chinese legal historiography (72).

In order to apply in concrete more the interpretative research method and in connection with the increasing interests in the case study on Chinese traditional law, the method of functionalism

(71) XUCHENG, HU, “*Descriptive Legal Historiography and Interpretative Legal Historiography*” (Miao Shu Xing De Fa Shi Xue Yu Jie Shi Xing De Fa Shi Xue), in *Legal Science* (Fa Lü Ke Xue), vol. 6, 1998. See also, XUCHENG, HU, *Interpretative Legal Historiography: Particular Attention to Chinese Traditional Legal Culture* (Jie Shi Xing De Fa Shi Xue: Yi Zhong Guo Chuang Tong Fa Lü Yan Jiu Wei Ce Zhong), Beijing, 2005, pp. 4-12.

(72) The same idea was expressed by ZHIPING LIANG, *Search for the Harmony in the Natural Order*, cit., p.2. See also, ZHIQIANG WANG, *On the Research Methods of Legal Historiography in the First Half of this Century in China* (Lie Lun Ben Shi Ji Shang Ban Ye Zhong Guo Fa Zhi Shi De Yang Jiu Fan Fa), in Guiliang Li (edited), “*Chinese Legal Science in 20th Century*”, Beijing, 1998, pp. 321-338; ZHIQIANG WANG, *Retrospection and Perspectives of Research of the Chinese Legal Historiography*, cit., p. 82; JIANG YU, *Significance of Civil Usages for the Civil Code* (Ming Shi Xi Guang Dui Ming Fa Dian De Yi Yi), in *Private Law* (Si Fa), edited by Jiming Yi, vol. 9, Beijing, 2005, p. 63.

Also, Prof. Zhongming Xu thought that “*the purpose of history is not to restore the historical phenomena, but reveal its significant structure and reflect the relation with our today’s living circumstance*”. See ZHONGMIN XU, *Stories on Bagong, a point of view of Chinese legal culture*, Beijing, 2002, p. 25.

applied already for long time in the comparative law, was introduced also in the field of the Chinese legal historiography. The functionalism method starts from raising questions like “for an existing legal problem in a country, how it is present and what is the corresponding solution in the other country?” By comparing the solutions for the same problem in two or more countries, the scholars attempt to clarify the different ways of resolving it. In the application of functionalism method, the elements outside law, such as language, culture, ideologies, traditional mentality and religions, which would influence the solution, should be also taken into consideration. It is understandable that this comparative method of functionalism is applicable in the research of the legal history, which could be a comparative study both between the different countries and between the different periods.

In the opinion of some scholars, in the application of functionalism, the way of raising questions imply already the Western centralism in the sense that it takes the background, functions and problems of Western legal culture as both its start-point and destination. Therefore, this one-way functionalism “leads to somewhat epistemological Western imperialism” and can not go out from the traditional *dead end* of “fitting the Chinese legal history into Western legal framework” (73). To overcome this difficulty and the intricacies of the concepts, it seems more reasonable to raise the question firstly from the point of view of the Chinese traditional law, describe it in Chinese significant circumstance, then to search the corresponding solution in the Western law. This “two-way functionalism” means a cross-analysis of the same legal phenomena in two different circumstances of legal culture, with intention to restore the Sino-centralism in the research on the Chinese legal historiography. In this way, the observers “try to explore the communicability of functions rather than concepts, look for a universal platform and further reveal the unique characteristics of the Chinese system from a functional point

(73) ZHIQIANG WANG, “*Precedent*” in *the narrative of Chinese Legal History*, cit., p. 61.

of view”, while the significance of functionalist methodology is still affirmed (74).

The legal science was formed in Europe and originated from Roman Law. Till now, the modernization of Chinese law is the process of the reception of the Western law. The content of the Chinese traditional law is so rich and special that it can not be narrated and interpreted only through the Western descriptive tool of law, which is composed of its legal terminologies, concepts and institutions (75). It is clear that this so-called “two ways functionalism” is the extensive application of the interpretative method of legal historiography. By carrying out the interpretative method, the Chinese scholars are striving to deconstruct today’s system of Western theory applied to the research of the Chinese legal historiography and rebuild a *Sino Legal System* based on a Sino-centralism significance structure (76). By studying the connection between the

(74) ZHIQIANG WANG, “Precedent” in the narrative of Chinese Legal History, cit., p. 62. In this paper, in order to illustrate in concrete how this research should work, the author applied the co-called “two way functionalism” to compare the function of precedents in Chinese traditional law with that in Western law.

(75) This idea was expressed clearly by some leading experts on the Chinese legal historiography at the beginning of the 1990s. For instance, HUGH E. SCOGIN, “Civil Law’ in Traditional China: History and Theory”, in BERHARDT AND HUANG (edited), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994, pp. 13-41. This American scholar said that each Western legal theory, concept or institution was formed from its historical roots and normative agenda and it could be easily misunderstood without the social and historical context of their development.

The method of economic analysis of law was applied also by some foreign scholars to study the Chinese legal historiography. This research method was criticized correctly by JONATHAN OCKO, “The Missing Metaphor: Applying Western Legal Scholarship to the Study of Contract and Property in Early Modern China”, in ZELIN, OCKO and CARDELLA (edited), *Contract and Property in Early Modern China*, Stanford University Press, 2004, pp. 178-205. The author pointed out that the idea, according to which “the economic development relies on the reduction of the transaction costs and such reduction results from the clearness of the property” is always implied beyond today’s Western theory and terminologies of economic analysis of law. Due to this implied understanding, it is pretty hard to conclude something significant by means of the economic analysis on the Chinese traditional law.

(76) For the construction of Sino Legal System, see JINFANG ZHANG, *Chinese Legal Tradition and its Transformation in Modern Period* (Zhong Guo Fa Lü de Chuang Tong and Modern Transformation), Beijing, 1997; Id. (edited), *Retrospection and Perspective*

traditional legal culture and today's legal problems, by approach of case study, some scholars proved the contemporary value of the Chinese legal historiography, aiming at making the past serve for today (77). However, the complete abandon of such Western descriptive tool of law seems impossible, since it has been applied in China yet for more than one hundred years and itself became already somewhat a part of Chinese legal historiography!

V. Conclusion.

In the traditional China, the legal historiography is totally absorbed by the study of history and the classic literature. Starting from the beginning of the 20th century, the Chinese legal historian attempted to reconstruct the Chinese legal history by using the Western legal concepts, institutions and theories. However, the Chinese traditional legal system works actually in a different way from the Western legal system in the sense that the civil law relationship is governed through the ethic rules (*Li* of Confucianism) and by customary law while the criminal or administrative relationship through the codified norms (*fa*) and by written law. For long time, by applying the Western legal concepts and theory, the Chinese legal historians have been focusing at studying mainly the historical codes or official written norms, ignoring almost completely the study of customary law and the law in action in the history of China.

From 1949 to 1979, under the official ideology of Marxism, according to which law is considered exclusively as the manifestation of the will of dominant class and the result of the class struggle, the legal historiography was limited only to study the legal history of State and power of ruling. From its opening up in 1979 till now

of Sino Legal System (Zhong Hua Fa Xi De Hui Gu Yu Qiang Zang), Beijing, 2007; ZHONGQIU ZHANG (edited), *Collections of Papers of an International Symposium on Sino Legal System*, Beijing, 2007.

(77) LI SU, *How the Order was evolved?* (Zhi Du Shi Zen Me Xing Cheng De), Beijing, 1999; Id., "Tragedy of Dou Er and the Problems on the Evidences in the Traditional Justice" (Yuan Dou Er Yuan De Bei Ju. Chuang Tong Si Fa Zhong De Zheng Ju Wen Ti), in *Chinese Social Science*, Vol. 2, 2005, p. 97 ss.

China underwent a boom period of the legal historiography and a huge number of publications on historiography have been completed.

In the Chinese society, the basic social unit is the group (family or collective) rather than the individual and the protection of the interest of group prevails always over that of individual interest. This Chinese social fact and the mixed application of *Li* and *Fa* in the Chinese traditional law makes impossible for the scholars to reconstruct the reality of the Chinese traditional law by studying exclusively the codified law and using only the Western legal terms, concepts and theories. Due to the complete reception of Western legal theory, the legal historiography in China has resulted often in the “verification of the existence of the corresponding Western legal institutes or phenomena in China”, instead of “a description of real Chinese legal history”. Even if it is impossible to abandon Western legal concepts and terms as descriptive tools, from the beginning of the years ninety of last century, the Chinese legal historians are trying to re-narrate the Chinese legal history, by discarding the Western value bias on Chinese society and aim to build some new historiography methodologies. The object of historiography research extends from the official written norms to the court decisions, archives of local government, single cases, private legal documents, usages, even the stories on legal disputes in classic literature.

In the latest years, the Chinese scholars tend to value and interpret more the Chinese legal history from the point of view of universal culture, but not limited to the description of the history, aiming at building a new academic structure for the reconstruction of Chinese legal history. Some significant comparative researches on the different cultural roots of the legal history between China and Western countries have also been conducted. The methodology of functionalism in the comparative law has been also adopted in the case study of historiography.

In terms of research methodology and teaching of historiography, in China, there still exists a clear separation between the historians and the experts of law, and one between law-making history and history of thoughts of law (jurisprudence). Very few legal historians possess both the capacity of exegetic and historical research and that of legal analysis on historical documents. The study

of foreign legal history is often almost limited to the simple description of the history of the development of legal systems of the foreign countries, without analytic and in-depth study on specific topics.

Benedetto Croce said that “every true history is a contemporary history (*ogni vera storia è una storia contemporanea*)” (78). I would like to add a sentence more like “every true national history is a world history”. In the same sense, a study on the true Chinese legal historiography is a study on a true historiography of the whole world. The goal of the legal historiography in China should consist of not only the reconstruction of legal history of China, but also learning some useful historical experience from legal history of China and foreign countries in order to find out some good solutions for today’s legal problems. Studying the foreign experience is extremely useful for us to understand ourselves and for the enrichment of our knowledge, as Su Shi (1037-1101 A.C.), a famous Chinese poet, says that:

“A ridge becomes a peak if the same mountain is viewed vertically (横看为岭侧成峰),

Heights of mountains change from their distance from us (远近高低各不同).

I don’t know the real figure of mountain Lu (不知庐山真面目),
Because I stay inside this mountain” (只缘身在此山中).

(78) B. CROCE, *Teoria e storia della storiografia*, Bari, 1976, p. 3.

**STORIA DEL DIRITTO E
SCIENZA GIURIDICA**

AURELIO CERNIGLIARO

LA SFIDA DI UN PERDURANTE DIALOGO TRA
GIURISTI ALLA RICERCA D'IDENTITÀ (*)

1. Costante “effettiva densità culturale” (1) e “coerente” — ricorre “senza artificiose forzature” (2), ma anche “senza forzosi artifici” (3) — “coerente risposta”, dicevo, al rigenerarsi delle istanze programmatiche enunciate fra speranze e convinzioni fin dalla *Pagina introduttiva* del 1972: queste, con indubbio e dichiarato ‘compiacimento’, il Redattore indicava nel 1996 le sponde entro cui per cinque lustri era fluìto un corso d’idee, di proposte, di riflessioni, di certezze, ma più ancora di cauti segnali, propri di una « ritrovata e rinnovata consapevolezza dell’unità di questa scienza [*scilicet*, la “giuridica”], che è unità di statuto epistemologico al di là e al di sopra delle differenti ramificazioni e delle differenti competenze dei singoli cultori ».

A ben vedere, era propriamente intervenuta una *causa* episte-

(*) Questo contributo è dedicato a Mario Sbriccoli e Pietro Costa, mie prime letture di storia giuridica decisive nelle scelte di vita, per aver dato riscontro con prontezza critica all’appello del Maestro nel realizzare una “comunità”, i *Quaderni*, nella nobile prospettiva di vincere le solitudini. A quella “comunità” di giuristi, storici del diritto e cultori del diritto positivo, in ‘colloquio’ senza barriere di nazionalità culturale o linguistica, si faceva riferimento quindici anni addietro (P. GROSSI, *Considerazioni conclusive*, in *Stile Fiorentino. Veinticinco años de los Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Actas del coloquio celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, 21-22 mayo de 1998, coord. Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO y Clara ÁLVAREZ ALONSO, Madrid 2000, p. 204), a quella ‘collettività’ ancor oggi ci s’intende rivolgere con senso di crescente gratitudine.

(1) *QF*, 25 (1996), p. 1.

(2) *QF*, 1 (1972), p. 4.

(3) *QF*, 25 (1996), p. 1.

mologica nel tradurre i singoli “punti” in una “linea” (4): senza incidenze discriminatorie sui primi che restavano luoghi geometrici autonomi, ciascuno ricco del proprio ‘*aliento peculiar*’, vi coglieva piuttosto, rimarcandolo, un senso liberatorio, oserei dire di ‘emancipazione’ effettiva, nel disegno convergente, ed in questa accezione *finalis*, di indagare sul come e perché funziona la scienza giuridica, ma anche in che modo potrebbe funzionare al meglio, interrogandosi di volta in volta sullo stato delle discipline, sulle loro forme, sulla loro organizzazione, sulle loro possibilità, sui loro errori e i loro successi. Per raggiungere tale ‘ambizioso’ obiettivo, la *scientia iuris* non può non “storicizzarsi” ossia ‘naturalmente’ — ripeto il “senza forzosi artifici” di Paolo Grossi — allocarsi entro quella “linea” che le dia un senso complessivo: il rischio di marginalizzazione e di alienazione scientifica, non da meno di quella umana di orwelliana memoria, risulta incombente. Sembra, così, di sentire la voce di un Maestro, grande Amico del Centro fiorentino e dei ‘Quaderni’ (5), sottratto a tutti dalla barbarie oscurantista, allorché invitava a “costruire” sulla scorta della ragione, della esperienza storica e della

(4) Il ‘criterio’, secondo una precipua chiave antropologica che consente allo storico in via peculiare di non limitare il proprio orizzonte visivo al presente, com’è proprio dei giuristi ‘positivi’, ma di poterlo ampliare al passato ed al futuro dando così anche al presente quel respiro che è segno di vita, è stato molte volte enunciato da Paolo Grossi a far data dagli anni Novanta del secolo decorso, almeno a partire dalla densissima relazione *Il punto e la linea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)* presentata al Convegno genovese del novembre 1992 su *L’insegnamento del diritto oggi*, Atti, a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano 1996, ed ora riproposta in *Paolo Grossi*, a cura di Guido Alpa, Roma-Bari 2011, pp. 9-18. Così, nella *Pagina introduttiva* ai Quaderni del 1994, secondo uno stile collaudato, viene scolpito l’enunciato: « Questo lo storico sa e deve fare, e questo manca al cultore del vigente che, limitando il proprio sguardo al presente, dimensione temporale per la sua intima natura incompiuta e monca, ha una visione necessariamente parziale isolata e isolante. Lo storico ha infatti un duplice privilegio: di aver familiarità con il passato, esperienza compiuta, compiutamente espressasi; di inserire il passato in una linea che arriva al presente, lo scavalca e si proietta nel futuro. Il messaggio insostituibile dello storico sta nella indicazione del senso della linea: non la coscienza settoriale di un punto fisso — un passato, remoto; un presente, astratto; un futuro, lontano —, ma la coscienza preziosa della direzione storica » (*QF*, 23, 1994, p. 5).

(5) Così in *QF*, 25 (1996), p. 2.

tolleranza ⁽⁶⁾. Quella Voce esprimeva una prospettiva, a mio avviso, “centrale” nei ‘Quaderni’, nel richiamo alla responsabilità che ognuno ha, secondo le specifiche competenze, a non restar « comodamente seduti nell’Accademia » chiusi in un « discorso tecnico », deviando « lo sguardo da quanto accade fuori » e rivolgendo « gli occhi e il pensiero soltanto ai libri, a un mondo fatto soltanto di carte e di parole » ⁽⁷⁾. Sintonia spirituale, pur così diversi nella lettura storica, di Tomás y Valiente con Grossi, che evoca dal canto suo come “recupero essenziale”, “recupero di umanità”, la « carnalità del diritto » ⁽⁸⁾, l’ineludibile esigenza, la sua intima storicità, di essere « specchio fedele di uomini sorpresi nel complicato intreccio della loro azione sociale » ⁽⁹⁾. Il nodo, squisitamente metodologico, è decisivo: la storia del diritto in quanto conoscenza dell’esperienza non può isolarsi ⁽¹⁰⁾ né ridursi ⁽¹¹⁾, è conoscenza della vita sociale e, con la sua specifica “strumentazione”, si colloca entro ⁽¹²⁾ la scienza giuridica costituendone un indispensabile parametro identitario.

Quella opzione di metodo, naturalmente, va anch’essa collocata nella storia. Così, intorno ad un unico “tavolo di lavoro” si parla — fin dagli esordi è essenziale la cifra del “colloquio *tra*” in luogo del “colloquio *con*” ⁽¹³⁾ — si parla, dicevo, tra giuristi di “diritto” non

⁽⁶⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Lectio Magistralis*, in *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nella carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, a cura di Andrea ROMANO, Milano 1994, p. 267.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 266.

⁽⁸⁾ P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna 2008, p. 118.

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ Il tema delle ‘solitudini’ è nettamente affrontato in *Il punto e la linea*, cit., 2011, p. 11 ss.

⁽¹¹⁾ Com’è noto, la più esplicita critica al ‘riduzionismo’ è formulata da Paolo GROSSI in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2005², p. 55. Limpide considerazioni sulla ‘robusta’, ma ‘astratta’ costruzione kelseniana, ed ancor più sull’artificiosità dell’operazione di Niklas Luhmann (ivi, p. 59).

⁽¹²⁾ La spaziatura dei caratteri, qui come in seguito, è intesa a segnalare il rilievo che s’intende dare all’espressione.

⁽¹³⁾ Il ‘gioco’ fra *con* e *tra* è notoriamente nella prima *Pagina introduttiva* alla Rivista (*QF*, 1, 1972, pp. 1-4) e con immediata “acutezza” lo coglieva Mario Sbriccoli nella missiva al Maestro del 18 agosto 1971 felicemente riproposta da Paolo CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, in P. GROSSI, *Trent’anni di pagine introduttive. Quaderni Fiorentini*

inteso però, come da taluni nella loro “officina”, esclusiva e recondita, di un oggetto degno di un “rito misterico d’erudizione”, raffinatissimo, solenne, sacerdotale, mirabile ed ammirato — forse —, ma isolato, compiaciuto persino dell’isolamento, “vivo”, con un evidente “rafforzamento della personalità” (14), s o l o nella marginalità.

Qui si parla, al contrario, di un “diritto” che vive sempre incandescente nella “fucina del fabbro”, che schizza scintille in tutte le direzioni e che tocca proprio a mani abili e competenti plasmare continuamente nella forma più congrua all’istanza sociale nella sua storicità. Ben lungi da un “eclettismo” — « sterile », nell’acuta lettura del Redattore (15) —, “eclettismo” di reminiscenza pandettistica, o pseudopandettistica, al giurista, che aspira ad essere tale e non altro, di fronte alla materia incandescente si offre una esclusiva

1972-2001, Milano 2009, p. XIX. Nelle sue non meno “acute” riflessioni sulle osservazioni del compianto Maestro maceratese, Cappellini vi rileva l’aver saputo cogliere « il vero fulcro su cui si fondava la proposta dei costituenti “Quaderni” », essere « una vera e propria sfida; una sfida inoltre assai rischiosa », giacché « Operare un ‘salvataggio’ al contempo della intima storicità della dimensione giuridica e del giurista che avrebbe dovuto darle carne e sangue poteva sembrare, e sembrava a molti, un compito quantomeno difficilissimo, anche e proprio in considerazione dello stato di partenza non soltanto della disciplina ‘storia del diritto’ », una situazione ‘riconosciuta’ persino da un ‘autodafé’ di Ennio Cortese del 15 novembre 1971 (« noi siamo responsabili della rottura dei pochi ponti superstiti che legavano la storia al diritto. E siamo responsabili dell’isolamento della nostra disciplina nelle Facoltà di Giurisprudenza » (*ibidem*). È quanto meno significativo che, pur in una diversa e molto connotata lettura del rapporto tra ‘storici del diritto’ e ‘giuristi’, la dimensione ‘colloquiale’ sia stata proposta di recente anche da Ugo PETRONIO, secondo cui solo impegnandosi rigorosamente lo storico del diritto a fare il “giurista storico” questi « può colloquiare, e colloquiare in modo fecondo, con il giurista attento al diritto vigente », *Quale storia per quali giuristi (a proposito di P. CARONI, La solitudine dello storico del diritto, Milano 2009, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », n. 3, 2011, p. 277).*

(14) Il profilo molto delicato dell’autostima è, per lo più, configurato in termini di sufficiente o insufficiente fiducia in sé stessi e, quindi, in una prospettiva di strategie per un migliore adattamento. Più recondito, ma non meno rilevante, è l’atteggiarsi di chi nella insufficienza a relazionarsi con altri trova una base per ‘marcare’ il proprio status disfunzionale.

(15) QF, 1 (1972), p. 2.

opzione: scegliere gli “occhiali” da inforcare ⁽¹⁶⁾, quelli da storico o quelli del cultore di diritto positivo. Le “angolazioni” sono e restano distinte, ma la “materia” è unica, soprattutto il discorso tra gli “operatori” sulla materia, intorno alla fucina, è contestuale. Ne emerge, in ogni caso, con forza e nettezza, una figura di giurista che agisce in ordine ad un’intima esigenza conoscitiva; essa non resta mai fine a se stessa, si propone piuttosto — proprio nella disponibilità al colloquio — come le ‘tenaglie’ nella fucina per forgiare la materia incandescente che si presenta in forma di diritto ⁽¹⁷⁾.

2. Chi, quarant’anni addietro, spalancando con lungimiranza l’uscio per dare ossigeno ad un ambiente, già tecnicamente raffinato, ma reso marginale da altri formidabili attori, ed anzitutto dagli

⁽¹⁶⁾ Sono ormai divenute ‘classiche’, ma sempre attuali, le *Parole introduttive* di Grossi al Convegno *L’insegnamento della Storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Firenze 6-7 novembre 1992, pp. 5-13.

⁽¹⁷⁾ Il carattere “rarefatto, immobile, semplice” del paesaggio giuridico come rappresentato nel corso dell’Ottocento con un ben congegnato ed evidente intento ‘riduzionistico’ si è nel corso del Novecento convertito secondo GROSSI « in un paesaggio straordinariamente complesso, precisamente perché registra la complessità del sociale in tutta la sua complessa magmaticità storica » (*Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 28). Nel mutato clima, si registra secondo l’A. una ‘conseguenza rivoluzionaria’: « la riacquisizione della storicità del diritto, dove ‘storicità’ ha il solo significato di un succoso *recupero* per l’ordine giuridico: quello della ritrovata, salvante aderenza con il corpo sociale da ordinare » (ivi, p. 31). Si apriva, in effetti, la fertilissima prospettiva dell’ermeneutica, come ‘salvifico soccorso’, alla stregua del ‘ripensamento’ di Hans GADAMER (cfr. *Verità e metodo*, tr.it di G. VATTIMO, Milano 2000), con un riconosciuto merito a Luigi MENGONI per la silloge *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996. Ed è appunto in questa nuova “fucina” che l’interazione tra storico del diritto e giurista del vigente si mostra più che mai indispensabile: il primo, infatti, si mostra più avvezzo a porsi innanzi alla transizione rispetto al vigentista aduso alla ‘certezza della legge’ ed ora ‘sgomento’ di fronte alla straordinaria duttilità della Rete. Ci si muove, infatti, in “ambiti latissimi e spesso globali”, ove “le tecniche informatiche” « de-materializzando il proprio oggetto, sono capaci di superare le frontiere proprie alle organizzazioni politiche, offrendo ai poteri economici di poter conseguire l’agognato èsito di una proiezione globale » (*Novecento cit.*, p. 38). Si tratta di un profilo chiaramente decisivo per l’impostazione progettuale dei *Quaderni*, che, intanto, danno già segni di essere palestra atta al mutar dei tempi. Senza trascurare il richiamo rivolto evidentemente ad ambedue le componenti dallo stesso Fondatore di attenersi a « quella etica della responsabilità, che deve essere per tutti la bussola orientatrice e il salvataggio soprattutto durante tempi burrascosi » (ivi, p. 40).

economisti, si mostrava pienamente avvertito della complessità dell'operazione che veniva a turbare 'tranquille certezze', non mancava, per vero, di segnalarlo con franchezza, ma, "con speranza", non si sottraeva al precetto: «è ormai tempo!» Il riscontro dei presenti italiani e stranieri in questa sala, a dir poco "corale", si mostra l'inequivoca conferma della validità della proposta! Le riflessioni di Pietro Costa, coraggiosamente propositive ed estremamente rigorose, e i suggerimenti lucidi e franchi di Mario Sbriccoli, che Paolo Cappellini ha voluto molto opportunamente accomunare a quel genetico "atto di fede", non potevano aver risposta più limpida.

Certo, come per ogni realtà, si possono ad oggi individuare "stagioni", ma lo 'spirito iniziale' non vede essenziali rimodulazioni, a mio avviso per una ben precisa motivazione. La "libertà" dei "modelli" e delle "dimensioni" proposti nella loro pluralità e multidisciplinarietà e nel solo rispetto del paradigma scientifico del cardine giuridico, segnalata agli esordi come "una prima parte", è divenuta una costante di una "palestra" ove studiosi del diritto si cimentavano, si cimentano e continueranno presumibilmente a cimentarsi, ognuno forte della sua competenza, effettivamente senza distinzioni di credo, nazionalità, lingua, consapevoli 'solo' di appartenere ad una "comunità". Quasi 'fisiologico' che ad un siffatto "appello" la risposta fosse non solo nel numero delle voci, oltre 500, ma, nella 'molteplice' ricchezza, larghissima, generosa. Quanto conta, in ordine al tema qui affrontato, *Storia del diritto e scienza giuridica*; indotto ciascuno dei "Collaboratori" da una sola consapevolezza: rivolgere il "proprio discorso" non ad "iniziati" ad un 'segmento scientifico', di cui il 'terrificante' inquadramento in "Settori" costituisce, o vorrebbe, la 'perfetta carcerazione' istituzionale, ma ad una intera comunità autoriconoscentesi nel 'sentire giuridico', ben oltre le 'barricate nazionali'. Questa cifra si è proposta, e si propone tuttora, con rigore e cadenza puntuale in "Modelli e dimensioni" dei Quaderni, cui ruotano intorno come ambiti 'complementari', ma nient'affatto secondari, gli altri 'spazi' della Rivista (*La dimensione giuridica, Figure dell'esperienza, Letture, A proposito di, Ragguagli fiorentini*) e gli stessi fondamentali volumi della "Biblioteca" — con l'ultimo bellissimo volume di Carlo Nitsch su *Il*

giudice e la legge ⁽¹⁸⁾ si è a quota 96 —, ove si annoverano gli Atti di Convegni e gli Studi che identificano larga parte della scienza giuridica italiana e oltre.

Degli studiosi, dei giuristi, storici e cultori del ‘diritto positivo’, che s’impegnano da quattro decenni a collaborare, non è possibile dire neppure in cenni, e sarebbe comunque render torto a molti, a troppi. È possibile, non di meno, rilevare che il tema del rapporto tra storia del diritto e scienza giuridica, oltre che nelle puntuali *Pagine introduttive* del Redattore, prima con Paolo Grossi, quindi con Pietro Costa, ritorni, com’è ovvio, più e più volte. Non solo. Già nel volume d’esordio, con l’*haec quae necessario* di Grossi, autorevolissime Voci s’intrecciano sul delicato tema con ‘ragione’ e ‘passione’. Bruno Paradisi, Luigi Lombardi Vallauri e un giovanissimo — come ora, del resto — Pietro Costa si soffermano sul ‘senso’ di “storia del pensiero giuridico” e di “moderno”. Ebbene, può non esser vano richiamare oggi alla memoria proprio il primo contributo della rivista ⁽¹⁹⁾, quello che apriva il “dialogo” per verificare quanto di quelle “questioni fondamentali” fossero correttamente impostate per una moderna storia del diritto e quali aggiustamenti siano poi subentrati, senza peraltro ignorare che in un ‘castello dorato’ tuttora ‘sopravvive’ in solitudine chi da quella voce non si è sentito punto toccato.

A ben vedere, la lettura ‘inaugurale’ di Paradisi non solo segnalava uno slittamento verso il moderno, ed anzi verso il contemporaneo ⁽²⁰⁾, nell’oggetto preso in considerazione, ma scandiva il mutare di metodo che s’imponesse a chi si proponeva di osservare il diritto storicamente ⁽²¹⁾. In tal senso, complementare nel chiarire il

⁽¹⁸⁾ C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012.

⁽¹⁹⁾ B. PARADISI, *Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto*, in *QF*, 1 (1972), pp. 1-43. Il contributo riproponeva la conferenza tenuta dall’A. l’8 ottobre 1971 presso l’Università di Budapest.

⁽²⁰⁾ La ‘novità’ del clima era segnalata anche dalla pressoché coeva comparsa, a partire dal 1971, dei *Materiali per una storia della cultura giuridica* fondati da Giovanni Tarello, l’esponente più rappresentativo del giusrealismo analitico italiano.

⁽²¹⁾ Da un lustro erano apparsi gli *Atti del Primo Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del diritto* (Firenze 1966) tenuto presso l’Accademia dei Lincei e dedicato a “La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche”, ove, pur senza

senso di “modernità” che si faceva largo nella storia del diritto è indubbiamente il contributo dello stesso Paradisi (22) agli Atti dell’Incontro di studio del 1985 su *Storia sociale e dimensione giuridica* (23) curati per la Biblioteca del Centro per la storia del pensiero giuridico moderno da un infaticabile Paolo Grossi: ormai, sulla scorta dell’esperienza da oltre un decennio praticata, era dato liberatoriamente enunciare: « Parliamo dunque, senza remore, come in questo Convegno si fa, di metodologia » (24). Paradisi, a ben vedere, scendeva in campo sollecitato dalla esemplare relazione di Mario Sbriccoli (25) imperniata sull’« assoluta e profonda convinzione » (26) dell’autonomia disciplinare della storia giuridica, ma sentitamente stimolante il “giurista storico” e lo “storico delle società” a « de-disciplinarsi un po’ e mettere ognuno le mani nella pasta dell’altro » (27). L’ “insostenibile” separazione, pur a lungo protrattasi e che aveva collocato la storia giuridica in un fortilizio aureo, ma connotato da un duplice isolamento — da parte dei giuristi e da parte degli storici sociali —, sembrava a Paradisi essere al fine venuta meno: « un lungo cammino è stato compiuto e la storia del diritto è uscita a poco a poco dal suo isolamento e si è andata imponendo sempre più alla storiografia sociale e politica » (28). Il percorso, si

eclatanti innovazioni, si percepisce il mutar dei tempi. Freschi di stampa i volumi del 2° Convegno SISD avente ad oggetto “La critica del testo” (Firenze 1971), si allestisce il 3° Congresso, svoltosi in effetti dal 25 al 29 agosto 1973, esplicitamente relativo a “La formazione storica del diritto moderno in Europa” (*Atti*, Firenze 1977). La trasformazione veniva alla ribalta, come poteva finemente notare Pietro Costa (*Semantica e storia del pensiero giuridico*, in *QF*, 1, 1972, p. 45), ma anche L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in « Studi Storici », a. 15, n. 1, pp. 9-56. Basterà qualche anno che il IV Congresso tenuto a Napoli nel 1980 avrà come focus “Diritto e potere nella storia europea”: il quadro era mutato.

(22) B. PARADISI, *Intervento*, in *Storia sociale e dimensione giuridica*, Biblioteca « Per la storia del pensiero giuridico moderno », 22, Milano 1986, pp. 195-200.

(23) Il sottotitolo dell’Incontro di studio svoltosi a Firenze dal 26 al 27 aprile 1985 significativamente reca *Strumenti d’indagine e ipotesi di lavoro*.

(24) Ivi, p. 195.

(25) M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *ivi*, pp. 127-148.

(26) Ivi, p. 137.

(27) Ivi, p. 148.

(28) Ivi, p. 197.

riconosceva dal Professore romano, essere avvenuto « non senza difficoltà e contrasti, e fors'anche senza equivoci » (29).

In effetti, il mutamento nelle sue complesse implicazioni era già ben delineato appunto nel 1972, allorché il 'battistrada della Rivista', secondo una precisa angolazione prospettica, nel diritto dell'età di mezzo coglieva « l'espressione di una comunità che era, in primo luogo, un fatto dello spirito » (30), con la conseguenza di ritenere il riaccendersi della scienza giuridica in quella stagione non « lo studio di un diritto del passato », ma piuttosto « la prosecuzione di uno sviluppo » da reputarsi, questo sì, « ininterrotto » (31). Il "nuovo capitolo della storia giuridica" era, secondo Paradisi, iniziato (32) solo allorché i glossatori civilisti avevano puntato la loro attenzione sul diritto canonico scorgendovi una straordinaria potenzialità. Su

(29) *Ibidem*. Di qui il classico richiamo a A. MOMIGLIANO (*Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto, Firenze 1966, p. 23) così proposto da Paradisi: « Un illustre Amico, storico dell'antichità classica, spezzò una lancia contro la storia del diritto come "scienza autonoma". Ed aveva ragione, se per tale autonomia si fosse intesa l'esistenza di quel giardino riservato, infine, di quell'isolamento che faceva riscontro a quello della dogmatica pandettistica. Non avrebbe avuto ragione, però, se avesse voluto sottrarre alla storia giuridica il suo scopo essenziale e la sua funzione specifica, che è pur sempre quello di illustrare il diritto nella sua storicità, che val quanto dire il diritto e la speculazione intorno ad esso nel suo necessario rapporto di dare e di avere con la realtà della vita storica », *ivi*, pp. 197-198.

(30) *QF*, 1 (1972), p. 7.

(31) La continuità, che evidentemente da Paradisi non poteva essere invocata sotto il profilo cronologico, veniva proposta sotto l'aspetto "intellettuale" ponendo in essere, a ben vedere, una "singolare" contiguità prospettica con Calasso (cfr., da ultimo, C. PETT, *Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, VIII Appendice, Istituto Enciclopedia Italiana, pp. 749-753, e A. CERNIGLIARO, *Francesco Calasso*, in *Il contributo italiano alla storia della cultura. Il pensiero storico-politico*, Sez. *Gli storici dell'Italia dalla Repubblica al 21° secolo*, Istituto Enciclopedia Italiana, 2013).

(32) Il nodo della periodizzazione costituisce, com'è noto, uno dei profili più interessanti della storiografia, tra continuità, discontinuità, caratteri aggreganti, sovrapposizioni. La problematica fu avvertita per tempo ed esplicitata per le evidenti implicazioni a livello interpretativo fin dalla cosiddetta 'prima generazione' degli storici del diritto. Per alcune considerazioni cfr. A. CERNIGLIARO, FEDERICO CICCAGLIONE, *Tra scuola storica e storicismo. Tre saggi con una nota di lettura*, Napoli 2009 (*Antiqua*, 39), p. XX ss.

quel versante, infatti, avevano conquistato la 'libertà', sin lì non valorizzata, almeno adeguatamente, per « costruire le varie parti dell'edificio giuridico »⁽³³⁾: si erano, in realtà, posti sulla strada buona, benché ancor lunga a percorrere, per « l'affermazione della sistematica », ma intanto, sottolineava Paradisi, il centro di gravità dalla speculazione — ed era questo il rilevante assunto storiografico innovativo — era venuto progressivamente, ma decisamente, a spostarsi verso la *ratio*, saldandosi infine « con le nuove esigenze » che si manifestarono allo schiudersi del sec. XV, quando « la critica filologica fu considerata, allora per la prima volta una condizione necessaria e generale per l'interpretazione dei testi giuridici »⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ QF, 1 (1972), p. 8.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*. I battitori del nuovo sentiero rispondono anzitutto ai nomi di Nikolaus von Cues, Giannozzo Manetti e Lorenzo Valla, figure umanistiche di assoluto spicco, anche se non "propriamente" giuristi, su cui si volge con crescente impegno non solo l'interesse scientifico dei filologi, ma anche degli storici del diritto e del pensiero politico, per la vasta incidenza esercitata in ambito giuridico. Solo per qualche indicazione utile a cogliere lo spostamento dell'attenzione, cfr. U. P. BURKE, *The Italian Renaissance*, 1972; V. PIANO MORTARI, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978; E. GARIN, *La cultura filosofica del Rinascimento italiano*, Firenze 1979; C. VASOLI, *L'Università e gli umanisti*, in *L'Università e la sua storia: origini, spazi istituzionali e pratiche didattiche dello 'studium' cittadino*, Atti del convegno di studi, Arezzo 15-16 nov. 1991, Siena 1998, pp. 149-69). Circa i contributi in tema umanistico sono ovviamente da tener sempre presenti gli studi riferiti al più ampio contesto europeo (da D. R. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law, and History in the Renaissance*, New York 1970, a I. MACLEAN, *Interpretation and Meaning in the Renaissance. The case of law*, Cambridge 1992; da A. MAZZACANE, *Scienza, Logica e ideologia nella Giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano 1971, a M. ASCHERI, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, in A. IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. II Simposi*, Barcelona 1992, pp. 145-166; da H. J. BERMAN, *Law and revolution*, 2° vol., *The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Cambridge (Mass.)-London 2003 (tr. it. Bologna 2010); *Rinascimento politico in Europa. Studi raccolti da Diego Quaglioni e Paolo Carta*, Padova 2008) e i fini profili su singole figure sviluppati da Diego QUAGLIONI (*Tra bartolisti e antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella 'Methodus' di Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna 1999, pp. 185-221), da Giovanni ROSSI (*Incunaboli della modernità: scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino 2007, spec. pp. 119-35; *Valla e il diritto: l'Epistola contra Bartolum' e le 'Elegantiae'. Percorsi di ricerca e proposte interpretative*, in *Publicare il Valla*, a cura di M. Regoliosi, Firenze 2008, pp. 507-99; V.L., in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, VIII Appendice, Istituto

La ricerca di una “ragione giuridica” indipendente da qualunque profilo legislativo della norma era rivelatrice di una sostanziale discontinuità: alla luce di questa nuova prospettiva storiografica, infatti, il ‘moderno’, quale espressione tipica di una società in radicale trasformazione, veniva proposto con un suo specifico timbro, la coscienza del divario del presente rispetto all’antichità. La sottile considerazione di Angélique in *Le Malade imaginaire* di Molière — « Les anciens sont les anciens, et nous sommes les gens de maintenant »⁽³⁵⁾ —, sintesi efficacissima di un mondo del tutto nuovo declamata nel cuore de *La querelle des anciens et des modernes*⁽³⁶⁾, ne costituisce, a ben vedere, l’emblema inequivoco. Il ‘moderno’, quindi, veniva proposto da Paradisi agli interessi scientifici degli storici in piena autonomia e fin dai primi passi con caratteri peculiari e dignità senza riserve. Lo ‘strappo’ nei confronti della pregressa storiografia era realizzato e il ‘varo’ di una prospettiva *funditus* nuova, aperta ad altri saperi, anzitutto giuridici, connotava un orizzonte di ampio respiro, non asfitticamente riservato a pochi, ancorché finissimi, specialisti votati ad una conoscenza senza sbocchi. Dal canto suo, la *media aetas*, come età frapposta, ma definitivamente chiusa, non più calamita monopolista della storiografia giuridica, unica in grado di competere con l’esperienza romana, conservava intatta la sua cifra peculiare, consentendo alla storiografia giuridica di mantenerne costante l’interesse scientifico, ma con “metodo nuovo”.

Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 102-105), da D. LUONGO (*Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell’ordine giuridico moderno. I. Oltre il consenso metafisico*, Napoli 2007).

⁽³⁵⁾ MOLIÈRE, *Le Malade imaginaire*, II, 6. La polemica, sorta in Italia proprio nel corso del Rinascimento, si era notoriamente innestata in Francia a partire da Montaigne e Bodin, assumendovi poi una prospettiva preminentemente letteraria, di cui è testimonianza emblematica l’orazione pronunciata all’Académie française in reazione a Nicolas Boileau il 27 gennaio 1687 da Charles Perrault: « La belle Antiquité fut toujours vénérable; Mais je ne crus jamais qu’elle fût adorable. Je vois les Anciens sans plier les genoux, Ils sont grands, il est vray, mais hommes comme nous; Et l’on peut comparer sans craindre d’estre injuste, le siècle de LOUIS au beau siecle d’Auguste » (*Le Siècle de Louis le Grand*, Paris 1687). Cfr. *La Querelle des Anciens et des Modernes: XVII^e — XVIII^e siècle*, éd. ét. par Anne-Marie LECOQ, Paris 2001.

⁽³⁶⁾ Cfr. Marc FUMAROLI, *Les abeilles et les araignées, Ivi*, pp. 7-218.

3. Pur nelle specifiche connotazioni che consentono di rimarcare la discontinuità e proprio in questa varia polarità richiedono di essere prese in considerazione, le diverse esperienze giuridiche si iscrivono non di meno tutte nell'alveo unico dello sviluppo storico ed in quell'alveo il flusso non trova pause né margini per inversioni di corrente, per dirla con Grossi, « il vecchio reca in sé il germe del nuovo, nutre la sua morte »⁽³⁷⁾. Così è quello stesso anelito alla *libertas* perseguito dagli umanisti che sfocia in un nuovo 'processo storico' ove la "nuova antropologia" si connota per un "carattere spiccatamente liberatorio"⁽³⁸⁾. Tale *iter* mira ad isolare « il soggetto dal mondo e sul mondo, riconoscendolo capace di cercare e di trovare all'interno di sé le forze per dominare la realtà »⁽³⁹⁾. Nella "fondazione della modernità giuridica" si individuava « un soggetto — sono parole di Grossi — che ama e vuole, un soggetto che tra le molte dimensioni psicologiche punta sulla più autonoma, sulla più auto-referenziale — la volontà — per reperirvi una identità, ma anche la propria cifra vincente »⁽⁴⁰⁾. Così, allorché tutto sembra

(37) P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra medioevo ed età moderna*, Napoli 2003, poi in *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, p. 87. La formula trova posto in un brano che piace qui riprendere nella sua interezza per il complessivo significato che denota a livello d'interpretazione storiografica. Parlando della "crisi" da cui si genera la "modernità", dice infatti: « Non è certamente un trapasso improvviso, come l'ingenuità d'una esposizione necessariamente frettolosa potrebbe far credere, né un capovolgimento brusco della clessidra storica; piuttosto, uno scavo tanto lento quanto profondo, che dal Trecento in poi incide la società nella sua costituzione e nella sua immagine. Nel vecchio organismo, come sempre avviene, con segni di stanchezza e di usura, fan capo le cellule tumorali che lentamente prenderanno sempre più campo, e in esso trovano ancora ospitalità e nutrimento. Il vecchio reca in sé il germe del nuovo, nutre la sua morte; in un processo che noi disinvoltamente siamo avvezzi a liquidare con una parola, a identificare in un solo fatto, in una monocausa, ma che nella realtà storica è sempre il frutto di un fascio di motivi, i quali, cumulandosi l'uno sull'altro, alla fine rompono e stravolgono » (*ibidem*).

(38) Ivi, p. 88: « individualizzazione come liberazione dalle vecchie e ormai soffocanti incrostazioni ».

(39) Ivi, p. 90.

(40) *Ibidem*. L'uomo 'nuovo' comincia, così, a « costruire l'autosufficienza del proprio microcosmo » e a 'conclamare' « il proprio distacco metafisico dal mondo e la propria libertà dal mondo ». Autodeterminazione della volontà e potestà dominativa sono le due facce della *libertas* di un soggetto che riconoscendosi indipendente ('plene in se ipso consistens') scopre il *dominium sui* e proiettandolo all'esterno lo converte in

“soggettivizzarsi”, con l’ormai indubbia rilevanza acquisita dalla filologia, sono la ragione, scaturita dalla rivoluzione scientifica, e la conoscenza della dogmatica giuridica a trovare ampio spazio per essere praticate. La “riscoperta” del “classico” finiva per contribuire decisamente alla dogmatica del presente e si prestava a realizzare una singolare simbiosi di storia e di diritto positivo, una peculiarissima “compenetrazione della storia del diritto e del diritto positivo”.

Ed intanto, però, il discredito metodico della funzione creatrice del giurista, fatta oggetto d’implacabile accusa di fallacia di contro al ‘genuino’ “buonsenso” generale, di cui il Leviatano *pro tempore* si rende — in apparenza — mero portavoce, diveniva foriero di uno sviluppo che nella “frattura” di fine Settecento per la prima volta vedeva ufficialmente sanzionato il ruolo subalterno del giurista. Si realizzava un effettivo “divorzio” — od almeno così avvertito — tra due vicende, radicalmente diverse: la prima, da ritenersi definitivamente ed irreversibilmente — così si reputava — conclusa, connotata, in quanto *iustitia*, dalla duttilità del diritto, dall’*æquitas*, stima-

dominium rerum. Già in altra occasione (A. CERNIGLIARO, *Qualche riflessione in margine a L’Europa del diritto di Paolo Grossi*, in *L’Europa del diritto. Discutendo con Paolo Grossi*, a cura di Lucilla GATT, Napoli 2010) ho ritenuto di evidenziare la peculiarissima lettura storica di Grossi della fondazione della modernità colta nell’evoluzione da un’antropologia ‘reicentrica’ ad una ‘antropocentrica’ (ivi, p. 9), di assoluto rilievo per la comprensione nitida dell’esperienza giuridica moderna, non sottacendo però per la nuova decisiva connotazione di ‘libertà’ la chiosa di esser dotata di una « virulenta carica psicologica ». Appare del tutto evidente, a mio avviso, ma « altrettanto lucida per ‘sincerità’ analitica, la valutazione sostanzialmente negativa di Grossi per ogni forma artificiale, astratta dalla dimensione reale dei soggetti e delle cose » (*ibidem*). La ‘scarnificazione’ dei soggetti che porta al ‘soggetto’ connota il nuovo ‘paesaggio giuridico’ della modernità in cui si svolge la ‘straordinaria’ avventura dello Stato moderno, ove lo spazio finisce per essere riservato riduttivamente all’unico attore sociale, l’*homo œconomicus*. Di fronte alle *Mitologie giuridiche della modernità* — il ‘varo’ della formula è simbolicamente a cavallo dei millenni — si delinea, però, sin dallo scorcio nel Novecento, una nuova, recentissima ‘rotta’ (simbolicamente la prolusione era pronunciata il 1° settembre 2000 ad Amalfi) che in *Oltre le mitologie giuridiche della modernità* (QF, 29, pp. 217-240) viaggia verso quell’includibile « recupero di umanità » per il diritto connotato da una essenziale « carnalità », un’esigenza per il diritto imposta da « la sua storicità, il suo essere specchio fedele di uomini sorpresi nel complicato intreccio della loro azione sociale » (P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna 2008, p. 118).

ta, senza meno, “arbitrio” dall’Illuminismo, e dalla primazia del giurista come primattore sociale, ora bollato nel nuovo clima dall’accusa infamante di ‘mistificazione’; la seconda vicenda, come “sorti progressive” scaturite *ex novo* sulle ceneri del passato, connotata da tratti fisiognomici netti, ‘puri’: semplicità, chiarezza, generalità, astrattezza, soprattutto rigidità. La nuova primadonna, la legge, quei tratti li ha tutti: che piú per la felicità? ⁽⁴¹⁾ In questo contesto il giurista come ‘interprete’ ha ‘formalmente’ innanzi a sé un solo itinerario, ben marcato: essere *bouche de la loi* ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ La “pubblica felicità”, com’è noto, nel corso del Settecento si propone ‘programmaticamente’ come il “fine” dell’azione politica del Principe. Emblematica la posizione di L. A. MURATORI (*Dei difetti della giurisprudenza*, cap. XX: *Conclusioni dell’opera*), ma lapidaria la famosissima asserzione di Pietro VERRI, *Memorie storiche sulla economia pubblica dello Stato di Milano*, ivi 1804 (ora in *Scrittori classici di economia politica*, Parte moderna, t. XVII, Roma 1966, p. 170): « La felicità pubblica e la benefica verità fanno desiderare che finalmente cessi il governo degli uomini e cominci il governo delle leggi e che la sacra facoltà di far leggi sia custodita gelosamente presso del trono e non altrove ». Per alcune considerazioni sul tema nodale nel rapporto tra economia-politica-diritto nel Settecento, su cui viene implementandosi un’autorevole ed amplissima storiografia, sia consentito un rinvio al mio *Dalla Ragion Economica alla Ragion Civile: ‘Le leggi protettrici dell’agricoltura’*, in « Frontiera d’Europa », 2000 n. 2, pp. 115-165.

⁽⁴²⁾ La ben nota formula-manifesto coniata da MONTESQUIEU (*De l’Esprit des lois*, 1748, Lib. XI, cap. VI) per connotare la separazione dei poteri, cui si contrapponeva il modello di *common law* espresso di lì a poco da William BLACKSTONE (*Commentaries on the Laws of England*, 1765-1784, University of Chicago Press 1979, vol. 1, 11: « Judges are the depositories of the laws, the living oracles, who must decide in all cases of doubts »), si è poi resa duttile ad una serie di “implementazioni” — anzitutto l’art. 5 del *Code Civil* — che per lungo tempo ne avrebbero accentuato il connotato fortemente ‘limitativo’ per l’interprete-giudice. La scuola dell’esegesi condotta da Demolombe, come posto limpidamente in luce da Guido ALPA (*La cultura delle regole*, Bari-Roma 2000) assegna al giudice il compito di rilevare la volontà del legislatore in un rispetto “quasi religioso” del testo da interpretare ricorrendo a varie metodiche, riferite anzitutto al ‘metodo documentario’, attingendo, quindi, ai lavori preparatori per dedurne l’intenzione ‘probabile’ del legislatore. In definitiva, si trattava di risalire alle ‘sorgive’ su cui la legge è stata fondata: il diritto romano, le leggi pregresse, gli autori antichi nell’intento di avvicinarsi il più possibile alla volontà del legislatore nel momento in cui ha emanato la norma. Rispetto, però, al tentativo, pur recente, di alcuni “civilisti” e “storici del diritto” di rivalutare la ricca letteratura che venne a svilupparsi lungo il nuovo crinale, netto, ancora una volta, è il giudizio di GROSSI (« una battaglia perduta », *L’Europa* cit., p. 154) giacché essa appare comunque « intrisa del clima legolatrice » e i giuristi si sentono perfino « convintamente orgogliosi » di proporsi come *servi legum*.

L'illuminismo giuridico si traduce in un « positivismo giuridico chiusissimo », non tralasciando di « erigere altari e confezionare liturgie per il principe legislatore e per la legge » (43). Non solo, ma prende avvio il “plagio sottile” secondo cui « la legge rappresentava l'atteggiarsi autenticamente moderno del diritto, forma necessaria e garanzia suprema in una società evoluta, dove il principio di stretta legalità, cementato con i principii immortali della divisione dei poteri e della rigorosa gerarchia tra le fonti, assumeva un insuperabile valore ‘costituzionale’ » (44): un vero e proprio atto d'esproprio, con un esito “il più incredibile e grottesco”: « il giurista ufficiale, in forza della sua plagiata coscienza, sembra non rendersi conto dell'esproprio subito e vive soddisfatto » (45).

Ed è proprio contro siffatta “passività”, un « non-ruolo della scienza giuridica di fronte al crescere di esigenze ed urgenze nuove » (*ibidem*), che si sollevaranno a fine secolo le “voci robuste e coraggiose” di Saleilles e di Génny. Ai loro occhi, è il rapido invecchiamento dei testi che li rende inadeguati alla realtà sociale, economica e politica in fermento. Non bisogna, quindi, andare alla ricerca della volontà del legislatore nel momento in cui è stato scritto il testo normativo, ma di ciò che il legislatore ‘avrebbe voluto’ allo stato attuale delle cose. In tal modo, a ben vedere, all'interprete si schiudeva la prospettiva di legislatore e di modernizzatore del diritto, pur nel convincimento di dover comunque fondare la sua decisione su un testo. In un ruolo “quasi normativo” del giudice, che a taluno ha più di recente consentito di parlare di « gouvernement des juges », pur senza voler porre, con qualche forzatura, alla ribalta una vera e propria attività “creatrice”, di fronte alla crescente complessità del mondo ‘globale’, « *La bouche n'a-t-elle pas pris le pouvoir?* ». È l'imbarazzante domanda, ma franca e lucida, che, a distanza di un secolo dalla lettura demolitoria di Eugen EHLICH sulla figura del giudice soggetto alla legge in *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* del 1903 e dalla rigorosa lettura del “non-diritto” e del pluralismo normativo di Jean CARBONNIER (*Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans riguer*, Paris 1969, tr. it. Milano 1997) alternativa in effetti alla soluzione kelseniana, si è posta Jean Claude MARIN, dal gennaio del 2013 ‘discusso’ Procureur Général de la Cour de Cassation française. Importanti riflessioni si rinviengono nel già citato studio di Carlo NITSCH (cfr. *supra*, nt. 17) sul ‘sillogismo giudiziale’.

(43) P. GROSSI, *Epicedio per l'Assolutismo giuridico*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, p. 21

(44) *Ibidem*.

(45) *Ibidem*. Si tratta di un passaggio estremamente delicato per definire l'identità del giurista ‘oggi’, che, non a caso, ha avuto diverse letture. Molto netta è stata la posizione assunta da U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 49 ss. Tuttavia, pur saldissimo nella sua lettura, Grossi, nel voler prevenire la prevedibile confutazione, ricusa *in limine* ogni accusa di atteggiamenti ‘antistorici’ (« qui nessuno

Il Codice ⁽⁴⁶⁾, fonte unitaria ⁽⁴⁷⁾, completa, esclusiva, riduttore di complessità ⁽⁴⁸⁾ e vero « epicentro di un nuovo sistema delle fonti » ⁽⁴⁹⁾, si propone come la ‘panacea’, il toccasana ⁽⁵⁰⁾ nel nuovo Eden, ove purtroppo, però, con l’andar del tempo la promessa felicità appare un ‘graal’ sempre più lontano. La borghesia, arroccata

vuole incorrere nel peccato di donchisciottismo (che per un uomo di cultura sarebbe certamente peccato non veniale », *Epicedio* cit., p. 22) e cautamente indica la primaria esigenza scientifica (« quel che importa ») di “verificare” il sorgere sul finire del secolo XIX e lo svilupparsi nel corso del XX di « un sentimento diffuso di insoddisfazione, la palingenesi di una autocoscienza del giurista ». Sotto questo profilo evidente appare l’interesse che accomuna giuristi ‘storici’ e ‘positivi’ nell’esigenza condivisa di « riacquisire, come primo passo per le costruzioni del domani, la percezione di un sistema delle fonti più complesso » (*ibidem*). A ben vedere, vi si identifica appieno il programma dei *Quaderni Fiorentini*.

⁽⁴⁶⁾ Circa la qualificazione nominale, ad evitare equivoci — purtroppo ricorrenti — che non sanno, o non vogliono, leggere i segni del mutamento, quant’è a dire della storia, molto opportuna la puntualizzazione: « Il ‘Codice’, di cui qui si parla, presuppone due rivoluzioni, quella culturale del giusnaturalismo/illuminismo e quella fattuale del sessennio 1789-1795, e segnala due novità, essenziali: un nuovo modo di intendere il rapporto tra potere politico e diritto, e, conseguentemente, un nuovo modo di concepire e concretizzare la produzione del diritto » (P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 136). Basterebbe, a ben vedere, questa ‘semplice’ considerazione a giustificare l’ineludibilità del rapporto tra storia del diritto e scienza giuridica per cogliere correttamente la portata di un mutamento radicale dell’ordinamento politico-giuridico. Traccia notevolissima e ‘cospicua’ è la specifica ‘riflessione’ fiorentina di ‘fine Millennio’ curata da Paolo CAPPELLINI e Bernardo SORDI (*Codici. Una riflessione di fine Millennio*, Atti dell’Incontro di studio, Firenze 26-28 ottobre 2000, Milano 2002); ma i *Quaderni Fiorentini* recano ripetute ed autorevoli voci relative ad un nodo effettivamente cruciale per la scienza giuridica: definire significato e valore del “monument de droit” per eccellenza dell’età moderna (così J.-L. HALPERÍN, *Codes et traditions culturelles*, Ivi, pp. 223-261).

⁽⁴⁷⁾ GROSSI, *L’Europa* cit., p. 137: « specchio e cemento dell’unità compatta dello Stato ».

⁽⁴⁸⁾ Su questo particolare profilo si sofferma A. M. HESPANHA, *Código y complejidad*, in *Codici* cit., pp. 149-164.

⁽⁴⁹⁾ P. CARONI, *Saggi sulla storia della Codificazione*, Milano 1998, p. 8.

⁽⁵⁰⁾ GROSSI, *L’Europa* cit., p. 136: « progetto di soluzione radicale del problema delle fonti del diritto, che l’illuminismo giuridico ha limpidamente designato, che taluni sovrani sensibili al nuovo verbo han fatto proprio senza però poterlo realizzare, che la falce rivoluzionaria — proprio perché falce d’un intero passato — ha potuto finalmente cominciare a realizzare, che Napoleone — in questo erede del messaggio rivoluzionario — attuerà con una capillare compiuta opera codificatoria ».

dietro un “modello” ⁽⁵¹⁾ giuridico, che si presta appieno ad esprimerne fedelmente gli interessi, s’impegna a mantenere stabile l’equilibrio realizzato e all’interprete viene riservata la funzione, ‘di tutto riguardo’, di esegeta ⁽⁵²⁾.

È ben vero che nei paesi d’area germanica, ove si era dal Cinquecento avuta quella fioritura sinteticamente definita *usus modernus Pandectarum* ⁽⁵³⁾, la cennata “frattura” non si realizzò o trovò ampie resistenze ⁽⁵⁴⁾: in un contesto ove la scienza si mostrava “immersa” nella prassi giuridica quotidiana, “impastandosi” con le consuetudini e gli stili giudiziari locali, per merito della « Scuola storica del diritto », si sviluppava un indirizzo inteso a « gettare le fondamenta di un nuovo edificio giuridico, che non troverà la sua cifra essenziale nelle manifestazioni del potere, nelle leggi, nei

⁽⁵¹⁾ Cfr. P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Bari 2002, p. 21, e ID., *Il Codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici cit.*, pp. 11-68. Con naturalezza e maestria, P. GROSSI, *Qualche conclusione tra un Millennio e l’altro*, in *Codici cit.*, pp. 579 ss., poi in ID., *Mitologie cit.*, pp. 87 ss. Per una diversa lettura cfr. U. PETRONIO, *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa “completezza”)*, in *QF*, 1998, pp. 83 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. con diverse prospettive G. ALPA, *La cultura cit.*, e A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. DI DONATO, Napoli 1993, pp. 61 ss.

⁽⁵³⁾ Non è certo questa l’occasione per far neppure un cenno alla bibliografia sulla Pandettistica tedesca a partire dalla ‘monumentale’ ed ancora attuale illustrazione in *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* realizzata da Franz Wieacker nel 1967. Proprio in riferimento al rapporto tra storia del diritto e scienza giuridica va ricordato il decisivo contributo che si è avuto con la preziosa indagine di Paolo CAPPELLINI sulla costruzione del ‘sistema’ da parte della Pandettistica (*Systema iuris*, Milano 1984-85).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. P. CARONI, *Il Codice rinviato. Resistenze europee all’elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici cit.*, pp. 263-307). Netta è la posizione di PH. RÉMY, *Observations d’un civiliste français sur les “Résistances à la Codification”*, in *Codici cit.*, p. 372: « Un Code de savants appelle des constructions savantes, qui autonomisent la “science juridique” comme “science pure” (pure de tout attachement avoué à des intérêts déterminés). Ces deux races de Codes font deux sortes de juristes assez différentes ». Al civilista francese il concetto di “forma-codice” appare « un concept trop abstrait », insufficiente a dar adeguatamente conto « de la diversité des expériences historiques de codification », sicché resterebbe non del tutto chiaro perché « la réaction du tournant du siècle (querelle des sources et conflit de méthodes) n’ait pas la même intensité des deux côtés du Rhin: Saleilles et Génay ne sont pas Ehrlich et Kantorowicz » (*ibidem*).

Codici, ma nella vita quotidiana del popolo » (55). Si rendeva evidente, in estrema sintesi, il delinarsi di quella decisa contrapposizione dialettica che avrebbe connotato tutto il secolo XIX con tracce profonde e innegabili sin ancora nel XX, almeno fino al secondo conflitto mondiale (56).

A tal punto si potrebbe da taluno osservare che quella sin qui per sommi capi proposta è “una”, solo “una” ancorché autorevole, lettura nei contenuti (57). Fatto è che proprio da quella lettura di contenuti si delinea l’includibilità dell’interazione tra storia del diritto e scienza giuridica, dimensioni bisognose ambedue di un continuo colloquio per la loro stessa vitalità. Altre soluzioni portano immancabilmente ad una autoreferenzialità mostratasi nei fatti fortemente impoverente se non ferale: le “solitudini” di cui si è già detto (58). Ben lungi da ogni ‘apologia’ del presente, nel movimento dal presente verso il passato « si delinea un rapporto tendenzialmente circolare fra passato e presente: si muove dal presente verso il passato che è inteso (e convalidato) come conferma, cassa di risonanza, del presente » (59): secondo questa ‘strategia’, « La storia si distilla e si sublima come *tradizione*; e la tradizione traghetta il passato verso il presente e proprio per questo lo riscatta, lo redime dalla sua futilità e inutilità » (60).

(55) È la limpida ricostruzione di Grossi, *L'Europa* cit., pp. 160ss.

(56) Cfr. *supra*, nt. 16.

(57) Per vero, non manca neppure chi, ritenendo il diritto espressione di mera tecnica, vi coglie una dimensione sovrastrutturale, chiudendo di fatto, a ben vedere, ogni spazio di osmosi tra società e diritto non veicolato dalla dimensione economica. L’implicazione a livello storico diviene conseguente, non meno della confutazione di “giusnaturalismo” a chi abbia una diversa lettura.

(58) Per una ‘recisa’ critica al saggio di P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, Milano 2009 si rinvia all’ampia recensione di PETRONIO (cfr. *supra*, nt. 12). Alla luce della fine riflessione di P. COSTA su PIO CARONI, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München, 2005, in *QF*, 35 (2006), pp. 917-921, ove si parla di « solitudine affollata », e dell’esame approfondito di F. MACARIO, *Recuperare l’invisibile dalla “solitudine dello storico del diritto”. Spunti di riflessione per il giurista*, in « Rivista di diritto civile », vol. 57, n. 2, 2011, pp. 195-229, con giudizio di segno ben diverso da quello di Petronio, è intervenuta l’elegante *compte rendu* di A. MATTONE, in « Archivio Storico Ticinese », n. 150, 2011, pp. 322-323.

(59) COSTA, *PIO CARONI*, cit., p. 920.

(60) Ivi, p. 919.

4. Il diritto, a ben vedere, nelle antesignana lettura di Paradisi, mentre aveva « precedentemente espresso una delle istanze fondamentali dello spirito, vale a dire la giustizia, e l'effettuazione della giustizia nella vita di relazione » (61), per tutta l'età moderna, sino almeno a buona parte del Novecento, si era palesato vieppiù relegato in un cantuccio della vita pratica (62). Si era, così, venuto a configurare un sostanziale “divorzio” tra scienza giuridica positiva e storia del diritto, un “divorzio” di cui bisognava comprender bene le cause e dar conto, oggettivando anzitutto l'errore di rimediarsi, compiuto dalla Pandettistica (63) — di ieri e di oggi —, nel configurare « un diritto del passato eternamente vigente » (64) e « una scienza giuridica... nella quale diritto positivo e storia giuridica confluissero integrandosi completamente e senza lasciar luogo a residui » (65). Si rendeva evidente, in ogni variante, lo scarso ‘rispetto’ per la storia e, non di meno, gli esiti non erano irrilevanti: costituiva una vera e propria ‘conquista’ per merito soprattutto dei ‘germanisti’ « La determinazione del rapporto intercorrente tra una società determinata e le sue condizioni di vita da un lato, ed il diritto che vi era usato dall'altro » (66). Così facendo, se la storiografia giuridica non riusciva ancora nella sua ‘nuova’ funzione, si erano indubbiamente poste « le condizioni perché una vera storia del diritto potesse sorgere » (67).

(61) *QF*, 1 (1972), p. 11.

(62) *Ibidem*: « Poiché quell'equilibrio tra la dogmatica e la sua storia, cioè quella compenetrazione ed unione della storia del diritto e del diritto positivo sono andati perduti nell'epoca nostra, dopo la codificazione del diritto civile tedesco e la nascita di una scienza economica — il richiamo di Paradisi è al classico B. CROCE, *Le due scienze mondane; l'estetica e l'economia*, in « La Critica », XXIX, 1931, pp. 401-412 — per la considerazione, anch'essa nata nel Rinascimento, della storia politica come storia di attività indipendente tanto dalla *morale* come dal *diritto* ».

(63) Ammettere che « il diritto del passato sia, in quanto tale, anche il diritto del presente » era, d'altra parte, anche la giustificazione dei ‘germanisti’ che ai loro connazionali che venivano elaborando i frutti della Recezione contrapponevano « l'idea di una tradizione razionale e popolare perennemente valida e di un valore del diritto consuetudinario germanico addirittura superiore a quello del diritto romano » (ivi, p. 12).

(64) Ivi, p. 13.

(65) *Ibidem*.

(66) Ivi, p. 16.

(67) *Ibidem*

In definitiva, pur acquisite come “tappe essenziali dello spirito moderno” la consapevolezza dell’autonomia dell’attività politica e le conquiste della scienza economica, non ne deriva, però, come conseguenza necessaria « la separazione della scienza giuridica positiva dalla storia del diritto, ma neppure che gli storici del diritto debbano e possano trascurare la scienza giuridica presente, come l’ultima “tappa” di quello stesso svolgimento coerente che si ha da studiare » (68). Nella lunga prospettiva programmatica che si schiudeva ai nascenti *Quaderni Fiorentini* si proponeva ‘capitale’ la riflessione di Paradisi che giova ricordare nella sua genuina interezza:

« In quel momento [*nella fase della successione ereditaria metodologica dell'Ottocento*], infatti si pose la distinzione, non la separazione, tra i compiti propri della storia del diritto e quelli della dottrina del diritto positivo, che, essendo uno sviluppo della situazione precedente avrebbe dovuto indicare la via dei reciproci rapporti di quelle due discipline, in primo luogo riposta nella loro naturale complementarità. Se il giurista che si dedicava allo studio del diritto attuale non doveva più coltivare direttamente il vastissimo campo della storia, ciò non vuol dire che per lui non fosse sempre, e fors’anche più necessario, avere di quella storia coscienza e nozione. Se, d’altronde, lo storico del diritto non doveva più essere anche un dogmatico, ciò non vuol dire che egli dovesse conoscere meno esattamente la struttura positiva del diritto » (69).

Eppure il primo riscontro alla ‘vocazione’ proposta non era stato positivo giacché la risposta della storiografia giuridica alla crisi del pensiero giuridico e della stessa scienza storica del diritto non era stata data « né sul fondamento di un robusto pensiero speculativo, né su quello di una felice intuizione storiografica. Fu data sul fondamento di un’operazione aritmetica di sottrazione » (70). Così,

(68) Ivi, p. 11.

(69) Ivi, p. 17. Il connotato ‘naturale’ della complementarità era l’esito ‘rivoluzionario’ della caduta dell’*ancien régime*, che aveva avuto « la sua manifestazione estrinseca nella codificazione che prende il nome da Napoleone », ma soltanto negli anni seguiti alla seconda guerra mondiale era stato possibile rendersi conto di quella « novità insolita e meravigliosa, ma per tanti aspetti terribile e conturbante », quella che, con parole eticamente consapevoli dello Storico, « ci investe di un raro e pesantissimo privilegio » (*ibidem*).

(70) Ivi, p. 19.

pur nel riconoscimento dell'apporto 'essenziale' che è venuto dal materialismo dialettico, Paradisi ne segnalava espressamente i limiti ⁽⁷¹⁾ e, senza misconoscere l'importanza che nella storia del diritto riveste la conoscenza delle costruzioni del pensiero dei giuristi e il carattere indispensabile della filologia per l'esatta conoscenza del materiale che è oggetto della speculazione storiografica, perviene ad una asserzione inequivoca: « l'attività dello storico in generale, e quindi dello storico del diritto, non consiste soltanto nell'esatta ricostruzione di quanto è avvenuto, ma in un'ispirazione più profonda, in un interesse umano che coincida con l'interesse del proprio tempo; senza di che la storia non è storia, ma soltanto cronaca » ⁽⁷²⁾.

All'"ingenua" domanda di come ciò possa essere tradotto ad effetto, la risposta secondo cui « non vi sono ricette da spedire per lo spirito, ma soltanto esigenze da soddisfare nell'infinità varietà delle soluzioni di cui lo spirito è capace », nell'esclusivo rispetto delle soluzioni assolutamente da evitare, punta piuttosto a delineare « da quali premesse si deve partire per la scoperta di nuove terre » ⁽⁷³⁾.

Andando, così, oltre la "riduzione" di Croce, ma, a ben vedere, facendo salvi i cardini del suo pensiero, è dato giungere all'*intuitus* del 'diritto vivente' nella « circolarità tra l'esperienza che si definisce come giuridica, ma che non cessa perciò di essere un fatto storico..., e la legge e la dottrina, questa che costruisce e quella che costituisce il modello del comportamento individuale in un ordinamento giuridico » ⁽⁷⁴⁾. Se, quindi, « il diritto è l'espressione e quasi la proiezione della società nel suo insieme » diviene speculare che il diritto, « come costruzione della teoria e come complesso di fatti che sono l'espressione di una disciplina spontanea che la società si attribuisce », abbia « un più profondo ancoraggio nella realtà effettua-

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 20: « sono nella negazione della forza delle idee, che dovrebbero essere sempre ricondotte alle condizioni materiali della vita ed intese in funzione di quelle; mentre è un dato della nostra coscienza, addirittura della nostra sopravvivenza come uomini, il ritenere che le idee, nate o non nate che siano dalle condizioni materiali dell'esistenza, acquistano una forza autonoma, hanno una sovrana indipendenza dalla loro stessa origine ».

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 21.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 27.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, pp. 27-28.

le » (75). Proprio muovendo da questa ultima considerazione, la non aprioristica conoscenza dell'esperienza storica ci mostra che « la tradizione giuridica europea, che fu intesa come l'espressione della ragione giuridica senz'altro, non è invece l'unico modo di essere possibile del diritto » (76). In tale prospettiva si delineano un'apertura di straordinaria valenza metodologica ed al tempo stesso un richiamo formidabile all'etica della responsabilità nello sviluppo della ricerca e nei conseguenti assetti non meramente descrittivi.

Va rilevato che s'impone, comunque, qualche cautela di fronte al rischio di una prospettiva di 'arbitrio', pur entrato nella vicenda del secolo appena chiuso, proprio a causa dell'eclissi della storia (77). Ed è, anzi, appunto questa la straordinaria valenza della storia, intesa come 'limite', atta a mostrare che i mutamenti, anche i "più radicali" della storia giuridica, ebbero luogo, « non mai per l'arbitrio di giuristi o di governi, ma per bisogni profondi, affiorati nella scienza giuridica e nell'azione politica » (78). La funzione dello storico-giurista è, in definitiva, quella « di far rivivere il diritto del passato sotto l'ispirazione dei problemi che il nostro tempo propone, e di prospettare quel diritto come il prodotto della storia nella sua totalità » (79).

In maniera per lo più "inconsapevole", sostiene Paradisi, si è già verificato che cultori del diritto positivo e storici del diritto abbiano partecipato ad una medesima funzione sorta come manifestazione di uno stesso spirito. D'altra parte, l'affermarsi del principio moderno della "divisione del lavoro" renderebbe impossibile che quella sintesi avvenisse per "opera delle stesse persone". Se gli itinerari si sono mostrati 'diversi', « ciò non vuol dire — è Paradisi a parlare, nel 1972 — che la sintesi non debba essere ugualmente perseguita, gli uni servendosi dei risultati degli altri », in una « comune coscienza della natura, insieme storica e razionale, del diritto e della sua

(75) Ivi, p. 30.

(76) Ivi, p. 36.

(77) È stato, secondo una felicissima considerazione, proprio il "rifiuto della storia", coordinandosi alla "distruzione di ogni senso del limite", a procurare « molti dispiaceri al nostro mondo in quest'ultimo cinquantennio » (ivi, p. 37).

(78) Ivi, p. 36.

(79) Ivi, p. 37.

scienza ». Una piana maturazione doveva essere connotata dal passaggio dall' 'inconsapevolezza' alla 'consapevolezza' quant'è a dire al 'responsabile discernimento'.

La causa del persistente divario — la diagnosi di Paradisi, giova ricordarlo in questa circostanza, si collocava *in limine* ai *Quaderni* — andava da ascrivere alla stessa "fisiologia della storia del diritto presente", praticata anzitutto come ricostruzione dogmatico-filologica del diritto del passato, senza aver piena consapevolezza che quella ricostruzione aveva avuto a proprio favore le ragioni che la resero feconda nel Rinascimento — ossia che il diritto del passato potesse essere anche il diritto del presente —, ma che 'quella prospettazione', come ogni altra, andava anch'essa necessariamente storicizzata. Il presente implicava la consapevolezza di « una profonda revisione metodologica », puntando anzitutto al "moderno" e « lo studio della storia del diritto moderno porterà necessariamente alla costruzione di un nuovo metodo »⁽⁸⁰⁾, anzitutto per l'evidente ragione che « la dimensione cronologica che si propone allo storico del diritto dell'età moderna è ben diversa da quella che sta davanti allo storico dell'antichità o del medio evo »⁽⁸¹⁾. Senza poter ovviamente ignorare che « quel metodo nuovo, che si formerà via via con l'approfondirsi di un'esperienza scientifica » non potrà non 'conferire' « qualcosa d'essenziale alla storiografia giuridica di età da noi più lontane; cioè nuovi punti di vista, nuove possibilità, insomma la scoperta di un panorama nuovo »⁽⁸²⁾. Con l'odierno, rinnovato, 'compiacimento' del Fondatore e di tutti coloro che di quel proposito 'approfondimento' si son fatti carico, è il 'panorama' che in piena evidenza si offre agli occhi di tutti.

5. In una riflessione complessiva che, in una dimensione colloquiale aperta, non ha mai registrato, a mio avviso, posizioni autoescludentesi *in toto*, si è costantemente palesata nei *Quaderni fiorentini* l' 'intima storicità del diritto', come di una realtà 'sempre vivente'. Mi limito solo ad evocare appena la 'vibrante' polemica a

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 42. Era proprio questa la sfida fiduciosa che veniva lanciata dal Fondatore dei *Quaderni* e di chi a quella sfida ha inteso dare il suo apporto.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*.

distanza tra Gadamer ⁽⁸³⁾ e Betti di cui al magnifico VII Quaderno con gli interventi finissimi di storici ⁽⁸⁴⁾, filosofi ⁽⁸⁵⁾, giuristi positivi, tra i quali, Maestro tra Maestri ⁽⁸⁶⁾, Luigi Mengoni, formidabile civilista e acuto teorico dell'interpretazione, che da scienziato del diritto positivo nel suo lucidissimo contributo ⁽⁸⁷⁾ offre una 'esem-

⁽⁸³⁾ H.G. GADAMER, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in *QF*, 7 (1978), pp. 5-11.

⁽⁸⁴⁾ Si rammentano i densi contributi di Pietro COSTA (*Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *QF*, 7, 1978, pp. 311-393) e di Mario BRETONE (*Il paradosso di una polemica*, in *QF*, 7, 1978, pp. 113-124). Lo storico romanista, in particolare, partendo dal riconoscimento bettiano secondo cui « la coscienza ermeneutica ha bisogno di senso storico », finisce per esprimere una penetrante critica all'idea di Betti che la tradizione si svolga « in modo unilineare, cumulativo e organico » e che, quindi, « Il processo ermeneutico, correttamente attuato, ne [della tradizione] ristabilisce il senso e ne prepara il futuro », ritenendo, perciò, assolutamente necessario « non confondere il sapere tecnico e la conoscenza che si realizza nel legame con il proprio passato ». Bretone, accolte le osservazioni sollevate da Gadamer in *Wahrheit und Methode*, reputando semplicemente illusoria l'obiettività storica, dal teorico tedesco deriva e condivide che: « Il circolo del comprendere...non è affatto un circolo 'metodico', ma descrive un momento strutturale-ontologico del comprendere ». In definitiva, storia e filologia non si riducono mai a svolgere un ruolo meramente ricognitivo, « la loro funzione è essenzialmente "applicativa" » (ivi, p. 116). Parole esplicite e orientate, ma non preclusive del dibattito.

⁽⁸⁵⁾ Molto rilevanti in riferimento al tema qui affrontato appaiono i contributi di Rudolf MALTER (*Die Rezeption der Hermeneutik Emilio Bettis in der Deutschsprachigen Philosophie*, in Ivi, pp. 143-163) e di Antonio DE GENNARO (*Emilio Betti. Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*, in Ivi, pp. 79-111). Di quest'ultimo, in particolare, l'osservazione di un attenuarsi nel tempo della polemica gadameriana si presta significativamente ad un esito complessivamente 'aperto': « per Gadamer, soggetto del processo storico non era — a differenza di Betti — lo "spirito" hegeliano, ma l'esistente empirico heideggeriano, si trattava pur sempre però ancora dell'individuo empirico "in generale", cioè esso stesso non socialmente o storicamente determinato. Da qui, ancora una volta, non soltanto l'esaltazione della "continuità" come categoria fondamentale della comprensione storiografica, ma addirittura — in virtù del ruolo fondamentale giocato nell'ermeneutica storica gadameriana da concetti come "tradizione" o "wirkungsgeschichtliches Bewusstsein" — il significato nettamente "conservatore" di essa, cioè volto esplicitamente ad un recupero del passato o "tradizione" » (ivi, pp. 110-111).

⁽⁸⁶⁾ « *Unicum* in seno alla coraltà scientifica » lo definisce in un bellissimo recente profilo P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *QF*, 41 (2012), pp. 627-656. In particolare, le pp. 636-638 sono dedicate a 'La dimensione diacronica: un salvataggio per il giurista'.

⁽⁸⁷⁾ L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *QF*, 7 (1978), pp. 125-143.

plare' testimonianza dell'attenzione alla dimensione storica del diritto.

A ben vedere, non v'è quaderno, miscelaneo o tematico, "immune" — per così dire — dalla complessa problematica della storicità del diritto, sia venga in osservazione il diritto dei privati, il pubblico, il civile, il costituzionale, il commerciale, l'amministrativo, il profilo teorico o quello pratico, la dimensione teoretica ovvero epistemologica. Nel 1984 nei Quaderni appare la sociologia e vi si confrontano voci del calibro di Niklas Luhmann⁽⁸⁸⁾, di Gunther Teubner⁽⁸⁹⁾, di Alberto Febbrajo⁽⁹⁰⁾, di Carla Faralli⁽⁹¹⁾: forse che da quella tornata non si debbano sentire parimenti coinvolti storici e giuristi senza alcuna aggettivazione? E la dimensione "politica" non è forse presente ad ogni piè sospinto? Esplicita, come mero

(88) N. LUHMANN, *Zum Begriff der sozialen Klasse*, in *QF*, 13 (1984), pp. 35-78.

(89) G. TEUBNER, *Das requistorische Trilemma. Zum Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*, in *QF* cit., pp. 109-149.

(90) Oltre il suo saggio, *Storia e sociologia del diritto* (ivi, pp. 7-31), FEBBRAJO cura anche la *Prefazione*, ove, dopo aver segnalato senza ambagi l'esiguità del rapporto sussistente tra sociologi e storici del diritto, indica i tratti di quella 'prima presenza': « contribuire a individuare il ventaglio di convergenze e di divergenze, che è attualmente possibile registrare tra queste due discipline ». Un obiettivo complessivamente ridotto, cui però segue l'annuncio programmatico di ben altro segno: « Nel successivo numero dei *Quaderni Fiorentini* si prevede comunque di dedicare una apposita sezione a lavori di sociologi del diritto impegnati sul terreno della disciplina che oggi si presenta come la più propizia all'incontro con la prospettiva storica: l'antropologia giuridica ». In effetti, nel successivo 'Quaderno' si realizzava la prosecuzione e il compimento di una vera e propria "operazione culturale" che, avvertiva il Redattore (*QF*, 14, 1985, p. VII) si concludeva « nella ridotta economia di questo nostro foglio ma con la dichiarata speranza del Redattore di aver contribuito, pur minimamente, a una coscienza più complessa, meno chiusa e formalistica, sia dello storico che del sociologo del diritto ». Le difficoltà relazionali tra i cultori delle due prospettive sarebbero perdurate, ma la speranza del Redattore avrebbe visto di lì a poco (1991) una splendida risposta nella *Biblioteca* con *Antidora* di Bartolomé CLAVERO.

(91) C. FARALLI, *Sociologia e storia*, in *QF*, 13 (1984), pp. 223-229. La FARALLI contribuisce anche al Quaderno 15 (1996) con *Storia e diritto nel pensiero di John Dewey* (pp. 401-409), ove la studiosa prendendo le mosse dal pensiero del filosofo americano significativamente conclude: « La nuova logica, invece, che è logica relativa alle conseguenze, logica di previsione di probabilità più che di deduzione di certezze, considerando le norme giuridiche come ipotesi di lavoro, come strumenti da adattare alle situazioni concrete, sposta l'attenzione ai fatti della vita sociale nella loro storica concretezza » (p. 409).

esempio, la voce di Sabino Cassese che nel 1987 si sofferma sullo Stato come « stupenda creazione del diritto »⁽⁹²⁾ nella prestigiosa *Rivista di diritto pubblico*, e parimenti netta, per restare nello stesso Quaderno del 1987, la linea di Mario Sbriccoli nel formidabile contributo sul diritto penale liberale⁽⁹³⁾, non meno che nel magistrale contributo di Giuseppe Duso sulla rappresentanza politica e la sua struttura speculativa in Hegel⁽⁹⁴⁾ nel Quaderno dell'89. Con la sua forte personalità scientifica è sempre presentissima la lettura di Maurizio Fioravanti⁽⁹⁵⁾ che sul versante specifico del diritto pubblico, proprio con riferimento al tema qui affrontato dei rapporti tra storia del diritto e scienza giuridica, reca osservazioni pertinenti e stimolanti⁽⁹⁶⁾. Si avverte una cadenza

(92) S. CASSESE, *Lo Stato, « stupenda creazione del diritto » e « vero principio di vita », nei primi anni della Rivista di diritto pubblico*, in *QF*, 16 (1997), pp. 501-518.

(93) M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La « Rivista penale » di Luigi Lucchini (1874-1900)*, ivi, pp.105-183. Ma della lettura “politica” del penale Sbriccoli già aveva dato prove nei *Quaderni*: già nel 1973 con *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento* (*QF*, 2, pp. 607-702) e nel doppio numero successivo con *Il diritto penale sociale. 1983-1912* (*QF*, 3-4, 1974-1975, pp. 557-642). Nella medesima prospettiva, a completamento di un “disegno” unico, troppo presto interrotto, va rammentato del Maestro maceratese *Le mani in pasta e gli occhi al cielo — La penalistica italiana negli anni del fascismo* (*QF*, 28, 1999, pp. 817-850), senza, ovviamente, tralasciare che la prima monografia della *Biblioteca* è il Suo, ancor oggi splendido, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna* del 1974.

(94) G. DUSO, *La rappresentanza politica e la sua struttura speculativa nel pensiero hegeliano*, in *QF*, 18 (1999), pp. 43-75.

(95) Non è solo decisivo l'apporto dato da Maurizio Fioravanti ai *Quaderni* con una messe cospicua di importanti saggi (ad oggi una quindicina, oltre le numerose ed approfondite recensioni), ma ancor più decisivo risulta il contributo posto in essere nel configurare un vero e proprio ‘laboratorio’ sul costituzionale con studiosi come Mario Dogliani, Umberto Allegretti, Paolo Caretti, solo per fare qualche nome.

(96) Molto indicativa è la ‘lettura’ M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, in *QF*, 21 (1992), pp. 623-637, ove, partendo dalla analisi puntualissima di E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (Frankfurt am Main 1991) e di D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung* (Frankfurt am Main 1991), perviene ad “una proposta di discussione” affinché si abbia una maggiore consapevolezza operativa: « Che la “Costituzione” sia ormai solo una “sopravvivenza” di un passato più o meno remoto è infatti tutt'altro che un'ovvietà: è questione al contrario ancora pienamente aperta, che sicuramente incontreremo molte volte sulla nostra via nel prossimo futuro » (*QF*, 21 cit., p. 637). Per quanto attiene l'Italia, la ‘sicurezza’ dell'incontro è storia del presente.

decisamente serrata sul crinale storia del diritto-scienza giuridica, ove ai colpi di schermo del Redattore si abbina con particolare sensibilità allo stesso versante il tocco incisivo di Bartolomé Clavero (4), voce alta, non meno di Carlos Petit (5), di una vera e propria “rivoluzione” realizzatasi nella storiografia spagnola (6). Un ritmo serrato, come s'è detto, ma puntuale, almeno sino al 1991, ove si verifica una significativa “messa a punto”. Siamo al XX Quaderno, quando sulla scena appare François Géný (7).

(4) Nei suoi numerosissimi contributi — se ne contano ben trentaquattro con un'impressionante varietà tematica — Bartolomé Clavero esprime con compiuta consapevolezza la svolta realizzatasi nella storiografia spagnola nel terzultimo decennio del Novecento (cfr. *Historia, ciencia, política del derecho*, in *QF*, 8, 1979, pp. 5-58). Per la specifica tematica delle relazioni tra storia e scienza giuridica è particolarmente rilevante il contributo di metà anni '80, *Del pensamiento jurídico en el estudio de la Historia* (*QF*, 13, 1984, pp. 561-577).

(5) Cattedratico poco più che trentenne, Carlos PETIT si affaccia ai *Quaderni* nel 1991 con un contributo quanto mai significativo, « A contributor to the Method of Investigation ». *Sobre la fortuna de Géný en America* (*QF*, 20, 1991, pp. 261-310).

(6) Illuminante circa la “svolta” il citato saggio di CLAVERO, *Historia* (*Supra*, nt. 96), che si ‘svela’ completamente nella “cosciente provocazione” del robusto *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia* (Madrid 1991), letto in profondità con sottile realismo da Marta LORENTE SARIÑENA, *Poesía como Constitución. Las razones de Clavero*, in *QF*, 22 (1993), pp. 645-663. Naturalmente ‘capitale’ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Esclueñas y Historiografía en la Historia del derecho español (1960-1985)*, in *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Atti dell'Incontro di studi, Firenze-Lucca, a cura di B. CLAVERO-P. GROSSI-F. TOMÁS Y VALIENTE (*Biblioteca*, 34-35, Milano 1990), T. I, pp. 11-46. Nel segnalare le motivazioni dell'incontro GROSSI precisava: « ci ha sorretto in modo decisivo la consapevolezza che negli ultimi anni, nella storiografia giuridica spagnola, si poteva cogliere un cospicuo movimento in atto; in essa si stavano proponendo, senza clamori ma intensamente, nuovi modelli di ricerca, si da farne ai nostri occhi un'esperienza culturalmente giovane e vivace » (ivi, p. 6).

(7) Géný, figura centrale della rimodulazione della scienza giuridica francese dopo gli eccessi formalistici indotti dal *Code*, come studioso a sé risultava complessivamente trascurato dalla storiografia che pur a lui riservava l'aggettivazione ‘celebre’. Dopo l'attenzione a lui riservata da Ben Atkinson WORTLEY, *Modern theories of law*, 1933, pp. 139 ss., un richiamo, per vero ampio, vien fatto da Roscoe POUND, *Jurisprudence*, St. Paul, Minn. 1959, pp. 181ss e ripetute menzioni ricorrono in André-Jean ARNAUD, *Les juristes face à la société: du XIX^e siècle à nos jours*, Paris 1975, ora tr. it. *Da giureconsulti a tecnocrati*, cit., p. 136: « Géný attaccò risolutamente l'Esegesi e suggerì un metodo di studio “scientifico” del Diritto. Spetta a lui aver portato a un grado di precisione mai raggiunta la distinzione tra scienza e tecnica, tra la materia giuridica e la sua forma... La statura di Géný eclissò gli altri tentativi che furono fatti in questo periodo ». La novità dei *Quaderni* si realizzava nel

Un “capitolo dimenticato” ⁽¹⁰¹⁾ dalla storiografia, che ora postula — echeggia comunque l’iniziale “è ora ormai!” — un ripensamento, e nuovamente al centro dell’attenzione si pone l’interpretazione come ineludibile *enfoque* dello scienziato e dello storico. Il “*ripensare*” di Grossi ⁽¹⁰²⁾ e “*l’interpretazione*” di Pietro Co-

mettere complessivamente a fuoco l’opera del grande giurista di Nancy ed era messa in chiaro dal Redattore, consapevole che « su Gény sospetti, equivoci e diffidenze si intrecciano a gelidi silenzi » (P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *QF*, 20, 1991, p. 1). Di fatto, da un tipico lavoro collegiale si auspicava scaturisse, come in effetti è stato, una migliore comprensione del contributo arrecato da Gény al discorso sul metodo con un’evidente ricaduta anche per chi diritto ha da costruire nel presente.

⁽¹⁰¹⁾ La provocazione del Redattore di voler “ripensare” e “riproporre” quindi, in un’ampia polifonia, « la persona e l’opera gényana come oggetto d’un intero ‘Quaderno’ monografico » era anzitutto rivolta “all’odierno cultore del diritto positivo” offrendo anche a lui l’occasione per un « rinnovamento psicologico, che, pur in progresso negli ultimi decenni, vede tuttavia in atto resistenze più o meno latenti »,

⁽¹⁰²⁾ La *Pagina introduttiva. Ripensare Gény* (*QF*, 20, 1991, *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 1-51, ora anche in GROSSI, *Trent’anni*, cit., pp. 105-156) del Redattore dei *Quaderni* è, senza dubbio alcuno, molto più di un chiarimento dei « motivi che hanno sorretto...l’individuazione del tema » di un intero numero monografico. In un saggio denso nei contenuti, ma piano e chiaro nell’esposizione, infatti, l’A., ponendo in scena Gény, si sofferma, da storico accorto, sul passaggio decisivo della scienza giuridica tra Otto e Novecento. L’analisi ‘compatta’ della riflessione sviluppata in un ampio arco temporale dal giurista lorenese, a partire dalla *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif* dello ‘sparticque’ 1899, consente di mettere in evidenza da un lato l’insofferenza maturata di fronte alle inveterate certezze offerte da un ordine ‘sedimentato’ che abbisognava solo di una lettura esegetica, dall’altro la prospettiva di libertà che con la ‘rinata scienza’ si veniva a configurare. Raccogliendo e sviluppando « i germi di novità che la riflessione giuridica francese aveva fatto emergere nell’ultimo decennio » — in particolare, le sollecitazioni di carattere metodologico mosse dal convinto storicismo di Raymond Saleilles —, Gény, maturata la fondamentale distinzione fra *donné* e *construit*, « guarda però al futuro e pretende di costruirlo su basi più solide ». Si realizza, così, un’“essenziale palingenesi”, che, con occhi mondi, segna « un point de départ » verso un grande disegno. Il giurista lorenese percepisce appieno il ‘mutamento’, ne coglie i segni, e in essi il sociale « si immedesima nel mistero ». Al parossismo legalistico, convinto assertore, e quindi artefice di una sottile propaganda, della propria capacità di soluzione ‘certa’ di ogni problematica e pago « di identificare nel legislatore il lettore-interprete-codificatore delle regole di natura e affidargli il potere esclusivo di produrre le norme », Gény contrappone la coscienza della complessità del reale, che, ricusato ogni semplicismo a livello filosofico e a livello giuridico, si mostri ‘sinceramente’ aperta ad ammettere che la vita non è dominata dalle sole facoltà razionali, ma « anche da forze irrazionali e può essere

sta ⁽¹⁰³⁾ con tutte le voci autorevolissime presenti nello stesso volume ⁽¹⁰⁴⁾ danno la stura per una revisione *funditus* di un positivismo del Novecento decantato sin lì come linea pressoché incontrovertita. La ‘crisi’ nel presente giuridico era sentita non meno di quella realizzatasi tra la fine dell’Ottocento e il primo Novecento e suscitava nuove “questioni” agli storici e ai giuristi ora definiti “pratici”. Il Quaderno del 1993 su Federico Cammeo ne era espressa testimonianza ⁽¹⁰⁵⁾.

per tanto compresa e ordinata unicamente tenendo conto anche di queste». Proprio perciò, nella lettura di Grossi, il nodo centrale secondo Gény era precipuamente epistemologico: nata dall’insoddisfazione dello stato del diritto ‘vigente’, l’esigenza della ricerca di strade nuove da battere, si traduceva in « una epistemologia giuridica più agguerrita, perché più culturalmente provveduta ». E tuttavia, Gény non confluiva nel movimento tumultuoso della *Freirechtslehre* di Hermann Kantorowicz: *homo novus*, convinto del ‘degrado’ determinato dalla distinzione tra dottrina, giurisprudenza, legislazione, in un lucidissimo progetto, ben coglie gli spazi enormi che si aprono per una *libre recherche scientifique* pienamente disponibile alla *inventio*. Un ‘ostinato’ recupero d’identità. Ed è in definitiva proprio la grandezza storica di « un giurista insoddisfatto dei semplicismi circolanti e alla ricerca della sua vera identità » (p. 154) che sollecita il Redattore, in chiave storica, a segnalare all’odierno civilista italiano il « messaggio pluralistico di grosso rilievo » del giurista francese nell’auspicio di « costruire un diritto privato » divenuto finalmente « il diritto dei privati » (p. 156).

⁽¹⁰³⁾ P. COSTA, *L’interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *QF*, 20 (1991), pp. 367-495, un ‘imponente’ saggio storico e teorico sui rapporti tra interpretazione e tradizione in una prospettiva ermeneutica estremamente rilevante in tema di ‘lacune’. Come si ricorderà, Costa conclude che, pur condividendo Gény e i giuristi italiani l’individuazione della ‘sfida’ del mutamento e la prospettazione di una via d’uscita — « affidare al giurista, più che al legislatore, il compito di vincere la sfida » —, la divergenza si realizza a livello operativo: « per i giuristi italiani, a differenza del loro collega francese, si gioca tutta sul terreno (ermeneutico in senso stretto) dell’interpretazione della legge » (ivi, p. 494).

⁽¹⁰⁴⁾ Oltre gli importanti e raffinati contributi di prestigiosi studiosi europei e d’oltre oceano — spicca il saggio di Carlos PETIT, « *A Contributor to the Method of Investigation* ». *Sobre la fortuna de Gény in America*, ivi, pp. 201-269 — si segnala la *Postface* (ivi, pp. 537-540) di Jean CARBONNIER, l’anziano filosofo del diritto, che, serbandosi diretta memoria di Gény, concludeva: « On ne le remarque pas assez: en 1899, pour la première fois en France (faut-il dire depuis Domat? Depuis Montesquieu?) un juriste s’adressait aux juristes et leur parlait de leur métier ». Soggiungendo: « Gény les a relevés et leur a dit “Vous êtes libres” » (p. 540).

⁽¹⁰⁵⁾ Il Quaderno XXII del 1993 poneva a colloquio gli storici con autorevolissimi studiosi del diritto amministrativo, con il primo sentitissimo saggio, una testimonianza personale, di Massimo Severo GIANNINI, *Federico Cammeo il Grande*, in *QF*, 22 (1993), pp. 7-18.

La soddisfazione, già segnalata ⁽¹⁰⁶⁾, del Redattore al venticinquesimo volume era, quindi, ben fondata nel constatare che la Rivista, pur restando fedele a quel disegno genetico di legare storia del diritto e scienza giuridica, non aveva mancato di “rigenerarsi, perché in realtà i due elementi strutturali avevano anch’essi vita propria e l’osmosi ne accentuava la dinamicità. Si auspicava con il rinnovamento “maggiore intensità” e credo che effettivamente vi sia stata non solo per il pur significativo avvicendamento in veste di redattore di Pietro Costa dal XXX Quaderno (il « Finalmente! » di Grossi ⁽¹⁰⁷⁾ è divenuto un memorabile bilancio non consuntivo, ma programmatico) ed ora di Giovanni Cazzetta dal XLII, ma perché si avverte una significativa, sostanziale “rigenerazione”. È da un ventennio che con ritmo incalzante nella scienza giuridica si assiste ad una profonda “crisi delle fonti”, crisi di produzione, crisi di vigenza. La presenza “costruttiva” dell’interprete è incontrovertibile, soprattutto se assume l’*habitus* giudiziario. Accompagnata da una crescente domanda, la risposta s’innalza e si dilata riempiendo vuoti che il sempre più artificioso e farraginoso procedimento legislativo non riesce a coprire. In questa fase cresce per l’“architetto del diritto” ⁽¹⁰⁸⁾ una più densa conoscenza dell’intima storicità del diritto. In quella fucina, più che altrove, si plasma il diritto del domani e — senza evocare ‘demolizioni’ apocalittiche, da nessuno attese — ci si avvede della urgenza, forse anche della ineludibilità, di dare risposte adeguate ad istanze in un mondo in rapidissima trasformazione. Corti di giustizia, nazionali ed internazionali, Strasburgo, Lussemburgo, per noi europei, Corti Supreme degli Stati, producono quotidianamente diritto segnando una “nuova frontiera” ⁽¹⁰⁹⁾. È la

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *supra*, nt. 3.

⁽¹⁰⁷⁾ P. GROSSI, *Pagina introduttiva. Storia e cronistoria dei Quaderni fiorentini*, in *QF*, 30 (2001), pp. 1-12, ora in *Trent’anni*, cit. pp. 239-250.

⁽¹⁰⁸⁾ L’espressione nata in seno al giusnaturalismo moderno, in particolare pufendorfiano, ha acquisito oggi un significato sempre più dinamico, una sorta di artefice del ‘nuovo diritto onorario’ secondo la felice formula di Alberto Trabucchi (cfr. P. GROSSI, *L’identità del giurista, oggi*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 134).

⁽¹⁰⁹⁾ Sempre più centrale e più serrato diviene il dibattito tra diritto e scienza — basti pensare alle spinose problematiche sul terreno della bioetica — e tra diritto e tutela dei diritti, in un quadro di crescente complessità.

vita stessa che postula un ulteriore serrato colloquio dell'interprete con chi di storia del diritto s'intende comprendendo che « il diritto è anche un sapere tecnico e che quelle tecniche non sono gli arruffati esperimenti di un folle alchimista, ma un modo di capire e ordinare la realtà sociale »⁽¹¹⁰⁾. La storia del diritto ha accanto a sé un nuovo compagno di viaggio, la storia della giustizia, com'è stato di recente finemente indicato da un, al solito lucidissimo, contributo di Pietro Costa⁽¹¹¹⁾. La “giustizia” — non senza preoccupazioni, per palesarsi piuttosto come storia dell'ingiustizia — è il “nuovo” parametro del vivere civile e il *Diligite iustitiam*⁽¹¹²⁾, imprescindibile da quel senso d'intima storicità del diritto, si configura come un iter necessario — anche qui giova ripetere « è ora ormai » — in una concreta prospettiva di evoluzione verso un orizzonte, auspicato quanto mai, di ampio respiro civile e culturale.

⁽¹¹⁰⁾ P. GROSSI, *Pagina introduttiva. Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini'*, in *QF*, 30 (2001), p. 3, ora in *Id. Trent'anni*, cit., p. 241.

⁽¹¹¹⁾ P. COSTA, *Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo*, in *Storia della giustizia e storia del diritto*, a cura di L. LACCHÈ e M. MECCARELLI, Macerata 2012, pp. 17-43.

⁽¹¹²⁾ *Sapienza*, I, 1.

CARLOS PETIT
HISTORIA Y TEORÍA DEL PROCESO CIVIL GARANTISTA

L'Historia si può veramente deffinire una guerra illustre contro il Tempo, perché togliendoli di mano gl'anni suoi prigionieri, anzi già fatti cadaveri, li richiama in vita, li passa in rassegna, e li schiera di nuovo in battaglia.

(Alessandro Manzoni, *I promessi sposi* [1827], “Introduzione”, en Franco Cipriani, *Il Codice di procedura civile...* [1992], “Documenti”)

I. “Cosa fatta capo ha”. El caso Cipriani. — II. Un auto judicial, una nueva Ley y más *Historias*. — III. Guerras, exilios y otras batallas por la justicia civil. — IV. Historia del proceso y garantías entre América y Europa.

¿Qué historia del derecho interesa al jurista? La pregunta, en su aparente inocencia, es desde luego pertinente en esta sesión sobre “*storia del diritto e scienza giuridica*” con que celebramos el 40° volumen de los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Quede claro que el *jurista* que aquí se considera incluye por supuesto al historiador; ya hace años que Paolo Grossi nos enseñó a superar aquel empeño calassiano, por desgracia no del todo fructífero, del “dialogo *con i giuristi*” — como si el mismo Calasso no fuera uno de ellos, y aún de los más relevantes en su generación. Aparte pues groseros malentendidos, la cuestión inicial se propone como simple estrategia de aproximación a un binomio de múltiples facetas (qué ciencia jurídica para la historia del derecho, qué historia para el derecho, qué derecho para la ciencia y para la historia), que estas páginas convierten, nada más, en una rápida consulta de cierta historiografía que aportan los expertos en derecho positivo.

Soslayo de tal modo otras discusiones teóricas para las que no me encuentro capacitado. Por ejemplo, sabemos de especialidades jurídicas — tengo presente muchas aportaciones primerizas a los

campos del derecho civil o mercantil — donde el relato de los ‘antecedentes históricos’ de la institución en estudio funciona como el *rite de passage* que debe sufrir un especialista si aspira a ser plenamente aceptado en el seno de su comunidad. La consideración de esta forma de proceder nos llevaría, en el mejor de los casos, a un debate en torno a las prácticas discursivas del jurista universitario y a la sociología de sus saberes, o bien, en el caso peor, hasta la vetusta cuestión de la dogmática como instrumento de la escritura de la historia (1).

También sabemos que la conciencia de la historicidad del derecho ofrece un óptimo lugar de encuentro donde los expertos en el ordenamiento vigente colaboran con sus colegas historiadores para abordar conceptos, métodos, referentes — tanto personales como doctrinales — de la común ciencia jurídica (2); entonces la historia (el conocimiento histórico, propiamente), antes que especialidad dotada de sentido cultural inespecífico, se afirma como el resultado de un esfuerzo científico compartido. “Il suo scopo è di coniugare il passato con il futuro”, ha podido escribirse, en tal sentido, desde una revista dedicada al derecho penal, “mediante la comparazione diacronica; porre la cultura penalistica italiana di ieri e di oggi a confronto con quella straniera; aprire alla nostra curiosità una finestra sul resto del mondo. Essa si rivolge a chiunque è interessato al superamento di steccati tradizionali, ma è soprattutto ai giovani che io penso come destinatari privilegiati, perché il futuro rivolgerà loro una domanda di conoscenza a cui dovranno saper rispondere per vivere nell’Europa e nel mondo globale con la dignità di intellettuali all’altezza dei tempi”. En rigor, la *interpretatio iuris*

(1) Entre Mannheim y Kuhn, cf. Norbert ELIAS, *Essays on the Sociology of Knowledge and the Sciences*, Dublin, UCD Press, 2009. Sobre la polvorienta perspectiva dogmática (“für die Rechtsgeschichte bleibt, was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoffe”), cf. Helmut COING, *Die Treubandtheorie als Beispiel des geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhundert*, en “Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 37 (1973), 202-209. Y será saludable tener cerca Reiner M. KIESOW, *Rechtswissenschaft — was ist das?*, en “Juristenzeitung” 65 (2010), 585-591.

(2) Cf. Paolo GROSSI, *Pagina introduttiva*, en “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” 1 (1972), 1-4.

presupone, si es que en él no se agota por completo, un análisis del derecho eminentemente histórico y comparado ⁽³⁾.

I. “Cosa fatta capo ha”. El caso Cipriani.

Con el interés que convendría reservar a esta provechosa línea de estudios, precisamente por proceder de una disciplina donde el principio de legalidad parecería conspirar contra la reconstrucción de la semántica histórica de los conceptos y los lenguajes técnicos ⁽⁴⁾, me limito a presentar ahora un supuesto diverso.

Al público de este coloquio florentino no extrañará que se trate del profesor (Universidad de Bari) Franco Cipriani (1939-2010): un conocido dogmático y jurista práctico, autor de obra notable sobre el proceso y la organización judicial, pero también un dedicado investigador que encontró — aún no hace mucho tiempo — en los *Quaderni fiorentini* y en la adjunta ‘Biblioteca’ la sede para unas investigaciones históricas de importancia singular.

Desconozco las razones que llevaron a Cipriani al cultivo de la historia de su propia disciplina (aunque lanzo a continuación una hipótesis). A día de hoy carecemos aún de la relación completa de sus trabajos a pesar de las obligadas notas necrológicas e, incluso, del volumen que ha sido publicado en su recuerdo, donde falta el habitual capítulo bibliográfico.

La bibliografía de Cipriani más completa no viene de Italia, como sería de esperar, sino de España: la ofrece el amigo Manuel J. Cachón, *En recuerdo del Profesor Franco Cipriani*, en “Justicia. Revista de derecho procesal” (2010, nn. 1-2), 13-19; enseguida veremos las razones y los

⁽³⁾ Me refiero, con estas palabras de su fundador (Prof. Sergio Vinciguerra, Turín) al órgano semestral “Diritto penale XXI° Secolo” (Padova, CEDAM, desde 2002), cuyo subtítulo (“europeo-storico-comparato”) expresa el ambicioso programa de partida. Cf. Sergio VINCIGUERRA, *Il coraggio di punire (a proposito di certi progetti pacificatori ai tempi di « mani pulite »)*, en “Diritto Penale XXI° Secolo” 4 (2005), 227 ss.; del mismo, *Sulla prescrizione nell’esperienza penalistica italiana dell’Ottocento. Spunti di modernità*, 397 ss.

⁽⁴⁾ Pero está claro que el principio es y debe ser objeto de la interpretación-reflexión en clave de interpretación histórica: cf. por ejemplo Giovanni FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, en “Quaderni fiorentini” 36 (2007), 1247-1277, en volumen monográfico de nuestra revista donde interesan múltiples aportaciones.

nombres de semejante circunstancia. Y la *Festschrift* aludida (Angiola Filipponio — Vincenzo Garofalo, curs., *In ricordo di Franco Cipriani*, Milano, Giuffrè, 2010) carece de estudios relativos a la especialidad del homenajeado, centrándose paradójicamente en el derecho procesal penal (pero *vid.* ahí, como excepción, Franco Cipriani, *Una nova interpretazione di Calamandrei*, 1-14) ⁽⁵⁾.

Tampoco sabemos mucho más de su genealogía académica; una segunda paradoja si recordamos los esfuerzos de Cipriani por dilucidar esta clase de cuestiones ⁽⁶⁾. Algo de ello narró nuestro autor, sin embargo, al recordar la personalidad de su maestro Montesano: un ilustre académico que orientó a los discípulos hacia el alemán y a los clásicos del proceso, incluidos Mattiolo y Mortara; responsable de “una Scuola progressista e laica, di chiara ispirazione crociana, in linea coi valori della Costituzione repubblicana e del tutto libera da ogni condizionamento político”, para la que el proceso, siempre en palabras del mismo Cipriani, resulta “strumento per la tutela dei diritti e delle libertà delle persone” ⁽⁷⁾. La energía de Luigi Montesano y la libertad de criterio que imperaría en su *scuola* la acreditan las inteligentes, duras e inmediatas reseñas que aquél publicó sobre la principal monografía del discípulo. Sobre ello también volveremos.

Un momento de cambio radical en la actividad científica de Cipriani tuvo lugar al inicio de los años 1990. El sólido y ya maduro procesalista (había llegado a la cátedra en 1980), reconocido experto en cuestiones procesal-matrimoniales — sus primeros libros (*I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, 1970;

⁽⁵⁾ No ofrece mucho más *Sull'unità della giurisdizione. In ricordo di Franco Cipriani*, Ernesto Fabiani-Antonella Tartaglia Polcini cur., Napoli-Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2011.

⁽⁶⁾ Más sentimiento que información hay en la necrología de Cipriani (“personalità complessa e poliedrica”, “innata *vis polemica*”) por el discípulo Giampiero BALENA, *In ricordo di Franco Cipriani*, en “Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto” 3 (2010), 11-14; también publicada en “Il giusto processo civile” (2010 n. 2), 639-642. Encierra gran interés, no en último lugar para comprobar los ecos de la obra histórica y crítica de Cipriani, Luís Correia de Mendonça, *O Pensamento de Franco Cipriani sobre a Justiça Civil*, en “Revista do Centro de Estudos Judiciários” 2 (2005), 65-125.

⁽⁷⁾ Cf. *Luigi Montesano. (Ricordo del maestro perduto)*, en “Il giusto processo civile” (2009 n. 1), 251-256.

Dalla separazione al divorzio, 1971) salieron al calor de la controvertida admisión del divorcio en Italia (ley 898/1970, de 1 de diciembre) — inició un camino diverso al cultivar la historia intelectual de su disciplina (8). Advirtamos que la atención a los *patres*, su esfuerzo por reconstruir, con inusual cuidado y método, los contextos de las doctrinas y las relaciones personales que aquéllos entretejieron, no sólo satisfizo un deseo historiográfico legítimo, no sólo llevó a una incesante producción literaria que renovó nuestros conocimientos sobre la procesalística del siglo XX (9). El análisis de un pasado que, con la prolongada vigencia del *Codice di procedura civile* (1940-1942) todavía es experiencia presente, se tradujo en una precisa *teoría* y una *política* del proceso civil y orientó los estudios posteriores conducidos sobre el derecho positivo (10).

“Aveva scoperto”, ha escrito su discípulo Giampiero Balena, “in modo quasi casuale, la sua vocazione per gli studi storici-processuali”, pero no creo que el gusto por recuperar la memoria de la especialidad le llegara tan tarde, ni menos aún de un modo accidental (11). Uno de sus primeros libros (*Il regolamento di giurisdizione*, 1977) reconstruía con tenacidad los contextos históricos de las normas con el fin de comprender un instituto nacido para acelerar la marcha del juicio que, sin embargo, terminó por provocar el efecto contrario (12). De otra parte, la sensibilidad histórica del procesalista era congruente con la cultura de aquellos años '70 que

(8) Pero no dejó por completo su primer campo de estudios: *La nuova legge sul divorzio. Presupposti, profili personali e processuali*, 1988 (con Enrico Quadri); *Matrimonio e processo*, 1990; *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, 1992 (coord.).

(9) Acertadamente Montesano (en “Quaderni fiorentini” cit. 25 [1996], pp. 657-658) advirtió que el libro de Cipriani “tende con determinazione e coerenza a due concreti risultati, l'uno di dottrina, l'altro di riforma del diritto processuale civile”.

(10) Tengo presente aquí Franco CIPRIANI, *La riforma della decisione dei ricorsi per la giurisdizione e per altri motivi*, en “Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto” 1 (2008), 129-143, pero es suficiente recordar la fundación por este autor (2006) de “Il giusto processo civile”, la antes citada revista-proyecto volcada en la causa garantista.

(11) Por más que Cipriani admitiese la importancia del azar en sus estudios: cf. *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovena e Calamandrei*, en “Rivista di Diritto Processuale” 46 (1991), 754-792; allí también, del mismo, *Quel lieto evento di tanti anni fa (una visita a Premosello-Chiovena)*, 225-238.

(12) Y así, sobre la ‘recepción’ de la ley de conflictos de atribución de 1877 en el *Codice* de 1942 proclamaba (p. 2) que “metodologicamente [è] necessario concentrare

Giovanni Tarello interpretó como *il momento della storiografia*: cuando “l’attenzione a quanto è accaduto è stata praticata, e intesa come espressione di sorvegliata cautela metodológica rispetto ai problemi dell’oggi”. Y todavía, “[d]entro studi dogmatici... si incontrano analisi di vicendi culturali, e di ideologie al lavoro, che meritano attenzione; e, da qualche tempo, sempre più frequentemente, si vedono studi dichiaratamente storici, autonomi almeno apparentemente da motivazioni dogmatico-costruttive, ad opera dei giuristi”.

Encierra algún interés recordar que este accertado diagnóstico inauguraba una aportación heterodoxa sobre *L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale* ⁽¹³⁾, claro antecedente temático, en cierta medida metodológico también ⁽¹⁴⁾, del filón de investigaciones que luego recorrió Cipriani.

El *Chiovenda* de Tarello se nos presenta como el responsable del giro impreso a la cultura liberal en sentido marcadamente estatalista. Admirador convencido del autoritario proceso civil austríaco, la célebre teoría de la acción — antes actuación del orden jurídico objetivo que tutela de los derechos subjetivos — y el consiguiente venir a menos del principio dispositivo latirían en su conocido proyecto de reforma del procedimiento civil (1920) ⁽¹⁵⁾. Desde un punto de vista general se trataba de exhibir “la continuità — culturale, istituzionale, e delle persone — tra il periodo giolittiano e quello fascista”, resuelta aquí en “una concezione secondo cui nella attuazione della legge generale e astratta (piuttosto che nell’esercizio del potere discreto) risiede la maestà dello Stato” (p. 214).

No tardaron en producirse las virulentas reacciones del gremio

l’attenzione sui profili storici della problematica dei conflitti tra potere giurisdizionale e potere esecutivo”.

⁽¹³⁾ Giovanni TARELLO, *L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale* (1973) cit., p. 109, en *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, il Mulino, 1989, 109-214.

⁽¹⁴⁾ “Il fascismo c’è stato”, quería evidenciar Tarello, “e... la continuità nel personale, negli schemi concettuali, negli usi istituzionali degli schemi da parte del personale, [va] interpretata come segno che il fascismo è incominciato prima della guerra europea ed è durato dopo la liberazione; fenómeno grosso (quantunque non commendevo) della storia istituzionale, sociale, culturale, italiana”, *ibid.* p. 113.

⁽¹⁵⁾ TARELLO, cit. (n. 13), pp. 194 ss. También, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione* (1977), *ibid.* 241-261, pp. 243 ss sobre las tesis de política jurídica ínsitas en la *acción* chiovendiana.

afectado ante la intrusión del iusfilósofo de Génova — “esempio incivile di offesa alle regole non scritte della convivenza e del dialogo tra i cultori della scienza” — pero la consideración de esta suerte de valoraciones, al derivarnos otra vez hacia una sociología de las profesiones académicas (cuando no a la antropología de las tribus universitarias, con sus tótems y sus tabús), queda fuera por completo de mis propósitos (16). Ahora es suficiente destacar que, dos décadas antes de las *Storie*, había comenzado a cuestionarse la beata genealogía de la ciencia procesal que los estudiosos italianos reconocían y que, más allá de sus tendencias políticas o de diferencias de escuela (17), otorgaba sentido al quehacer profesional colectivo: todos herederos de la renovación histórico-dogmática que impulsara Chiovenda, todos expertos en un código tan sólo cronológicamente fascista (al ser en definitiva un vástago legislativo del gran jurista piemontés), todos aferrados a la fórmula oralidad — intermediación — concentración como expediente primordial, si no exclusivo, para lograr un proceso justo y expedito (18). La descripción más acabada llegó poco después por obra de un reputado colega: visto desde las alturas del iusracionalismo y del iusliberalismo — nutrientes de una doctrina procesal carente de parangón — el *Codice di procedura civile* sería “il frutto di un compromesso fra le non molte idee dei riformatori fascisti e l’orientamento sostanzialmente contrario ad innovazioni radicali prevalente in gran parte della dottrina e della professione forense, dove il secondo finisce spesso col prevalere sulle prime” (19). Y por eso seguía vigente.

(16) Enrico Tullio LIEBMAN, *Storiografia giuridica ‘manipolata’*, en “Rivista di Diritto Processuale” 29 (1974), 100-123. Advierto que las citas de esta ilustre Revista se refieren siempre a su segunda serie.

(17) Cf. TARELLO, cit. (n. 13), p. 115 y n. 17, sobre Denti y Cappelletti; p. 116, a vueltas con Andrea Proto Pisani: “per chi si abbandonasse alle impressioni la ambiguità dell’opera chiovendiana dovrebbe parere ancora cresciuta, al Chiovenda liberale e fascista venendo ad aggiungersi quello democratico e quello socialista e quello d’assalto”.

(18) Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 242 ss, sobre el papel de Piero Calamandrei — “apologeta di strettissima fedeltà” — en la “straordinaria fortuna” de Chiovenda, y la voz incómoda de Salvatore Satta.

(19) Michele TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ’700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 255. En realidad, el autor arrastraba al terreno procesal la explicación

Con tal cuadro se inauguraban los años '80, tiempos de corta producción literaria en el caso de Cipriani pero de paciente estudio en la soledad del gabinete: sólo pensando en esa larga fase de preparación acierto a explicar la catarata de textos e iniciativas que produjo en las décadas siguientes ⁽²⁰⁾.

A un primer acercamiento al admirable par constituido por Lodovico Mortara y Giuseppe Chiovenda (1990) siguieron las *Storie di processualisti ed oligarchi...* (1991), con *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti* (1992) como “naturale prosecuzione”. Otros, muchos, libros posteriores decantaron una incesante aluvión de artículos — en esto nuestro colega de Bari rivalizó con sus prolíficos mayores — tanto históricos (*Scritti in onore dei 'padres'*, 2006) como político-teóricos (*Il processo civile nello Stato democratico*, 2006). Fundada por Cipriani en 2006 una nueva revista — con el título-programa “Il giusto processo civile”, según sabemos — acogió los ensayos que el autor solía antes publicar en la “Rivista trimestrale”, “Il Foro italiano”, en fin, en la vieja e ilustre “Processuale”; piezas móviles de un diseño coherente, recogidas más de una vez en volúmenes recopilatorios (cf. aún *Avvocatura e diritto alla difesa*, 1999), también traducidos al español ⁽²¹⁾.

Los análisis históricos condensados en estas obras encierran, en mi opinión, un doble sentido. Por una parte, se trata de evidenciar la historicidad del proceso, que sólo puede comprenderse (criticarse, aplicarse, superarse) al considerar las circunstancias — el contexto — de las normas que lo disciplinan; esa línea ha seguido nuestro autor al enfrentarse a ciertos problemas palpitantes, como las razones y prácticas que están detrás del habitual señalamiento tardío de las vistas (una doméstica pero eficaz pesquisa de sociología judicial demostró que el Consejo Superior de la Magistratura sólo sanciona

dominante en la Italia republicana sobre las relaciones entre el derecho fascista y la jurisprudencia doctrinal, siempre defensora de valores liberales y democráticos desde la trinchera de la excelencia dogmática, con muy raras excepciones.

⁽²⁰⁾ Cf. además Federico CARPI, *Franco Cipriani*, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile” 64 (2010), 875-876. Según confesión propia, contenida en las páginas que cito inmediatamente, “[n]el maggio del 1989... stavo già da qualche tempo tentato di ricostruire le singolari e affascinanti vicende che ebbero per protagonista i Padri della processualciviltà italiana”.

⁽²¹⁾ Franco CIPRIANI, *La difesa del pobre en el proceso civil. La experiencia italiana*, trad. y comp. Eugenia Ariano, Lima, Palestra, 2002; del mismo, *Batallas por la justicia civil*, trad. Eugenia Ariano, Lima, Ed. Cuzco, 2003.

retrasos en la emisión de sentencias). Pero la investigación histórica también tiene que ver con la *durée*, más o menos *longue*, de tradiciones académicas, textos de autoridad, doctrinas... que influyen, cuando no determinan, los conocimientos y las lecturas del presente: tal sería la propuesta que anima el ensayo *Istituzione del giudice unico di primo grado e processo civile* (2000) o la inteligente aportación sobre *La chiamata in cassazione per meriti insigni* (1997), concluida con una resignada propuesta relativa al inaplicable art. 106.3 de la Constitución republicana ⁽²²⁾.

Así cobraba sentido la viva reconstrucción de las grandezas y miserias de la procesalística durante más de medio siglo. Con un empeño admirable pudo rescatar los nombres de varios precursores caídos en desgracia: los Pescatore, Mattiolo, Castellari... olvidados tras la figura gigantesca de Chiovenda. Ante todo y sobre todos el profesor — legislador — magistrado Lodovico Mortara, cuya *attualità* acababa de defender Cipriani cuando inició su colaboración en los “Quaderni fiorentini” de Paolo Grossi ⁽²³⁾. La arriesgada operación complicó ciertamente el *canon* de los clásicos de la ciencia procesal y restó centralidad a la celebrada orientación histórico-dogmática, pero el esfuerzo aplicado en las *Storie* para reconstruir carreras (Mortara, Carnelutti, Calamandrei, Lessona...), consignas de germanismo en el proceso (Chiovenda) y mandarinatos académicos (Scialoja) servía a Franco Cipriani para tomar posición frente a la ley codificada que consultaba todos los días en su mesa de trabajo. Y entonces, si en las *Storie di processualisti...* Cipriani se detuvo ante el *Codice di procedura civile*, trazando sus vicisitudes de elaboración y sus coordinadas intelectuales hasta el fallecimiento de Chiovenda

⁽²²⁾ *Materiali per lo studio dell'ordinamento giudiziario*, Napoli, Edizione scientifiche italiane, 2001: *Giudice unico*, 35-48; *Chiamata in cassazione*, 161-183. Cf. aún *Per lo studio dell'ordinamento giudiziario*, 5 ss.: la parábola descrita por la enseñanza de la organización de tribunales, progresivamente abandonada al triunfar un moderno derecho procesal con aspiraciones teóricas, explicaría que la reforma fascista de la justicia acometida en 1941 — “tuttora largamente in vigore” — no mereciese la atención de los procesalistas.

⁽²³⁾ Cf. *Attualità di Lodovico Mortara*, en “Quaderni fiorentini” 19 (1990), 83-162, verdadera ‘ante-prima’ de las *Storie* — por entonces “in corso di stampa” — estimulada por el conocimiento de los descendientes de Mortara, con edición de textos bio-bibliográficos, algún opúsculo del jurista en estudio y presentación de Cipriani.

(1937), el paso sucesivo, centrado en ese texto legal, anudó con toda lucidez la historia normativa a la historia de la procesalística con ayuda de importantes documentos, logrando otra, incluso *revisio-nista*, interpretación (1992): frente a las tesis enunciadas y difundidas por Calamandrei, autor de su elocuente exposición de motivos (24), el *Codice di procedura* debería mucho menos al magisterio ‘liberal’ de Chiovenda — la base de la pacífica continuidad de esa ley en la República — que a los sucesivos intentos de reforma emprendidos por los ministros fascistas (Arrigo Solmi, Pietro de Francisci, Alfredo Rocco, Dino Grandi).

“Fino al 1989-90”, escribió Cipriani en rara confesión autobiográfica, “non ero mai stato sfiorato dal dubbio che le pagine di Piero Calamandrei sui (chiamiamoli così) profili storici della Procedura civile italiana dovessero essere lette con una certa qual circospezione, ovvero, come diceva Salvatore Satta, ‘interpretate’. E meno che mai avevo sospettato che i suoi elogi nei confronti di Chiovenda potessero non essere assolutamente sinceri. I dubbi (e i problemi...) sorsero quando, partendo della incredibile lettera di Mortara per le onoranze a Chiovenda (25), cercai di orientarmi nelle misteriose e affascinanti vicende che ebbero per protagonisti i Padri della processualistica italiana” (26).

La quema del Código procesal ante las puertas del *Palazzaccio* romano, un simbólico episodio — caso único en la historia de la codificación fascista — que tuvo lugar al día siguiente de la caída de Mussolini (26 de julio, 1943), expresaría con nitidez, siempre según Cipriani, la opinión de las clases forenses ante esa ley autoritaria (“el más fascista de los códigos fascistas”, en los términos de la *relazione* compuesta por Calamandrei) (27). En concreto, el proyecto elabo-

(24) Un texto ‘piadosamente’ olvidado, que Cipriani no tardó en recuperar: cf. *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992, pp. 239 ss.; también Franco CIPRIANI-Daniele D'ELIA-Gianpaolo IMPAGNATIELLO, *Codice di procedura civile con la relazione al Re*, Bari, Cacucci, 1997 (varias ediciones posteriores).

(25) Cf. *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 295 ss.

(26) *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2007, p. 3.

(27) Franco CIPRIANI, *La ribellione degli avvocati al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense* (1993), en *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, 75-101.

rado por órdenes de Arrigo Solmi habría sido la base textual que, con el poderoso y habilísimo Dino Grandi al frente del ministerio, trabajó una comisión de célebres profesores (junto al citado Calamandrei, la formaban Francesco Carnelutti y Enrico Redenti) y algún magistrado (Luigi Conforti), dándose cumplimiento a la vieja delegación legislativa (ley n. 2814, 30 de diciembre, 1923) que había confiado al gobierno la factura de nuevos códigos.

Las atrevidas interpretaciones de Cipriani no dejaron a nadie indiferente. Por supuesto así sucedió en su tierra de origen, donde algunos aplausos procedentes de las filas de ‘adetti al lavoro’ fueron apagados de inmediato por voces más críticas. Muy severa me resulta la voz del citado Montesano; una queja insistente — a veces desperdiciada en auténticas minucias — que cabe escuchar como expresión del malestar profundo que sintieron muchos procesalistas ante la salida de tono de uno del gremio: para su propio maestro Cipriani ofrecía una exposición casi fantástica (“il ‘romanzo’ Lessona — Calamandrei — Chiovena”), trufada de lecturas inverosímiles (“dietrologie”); un libro, en suma, peor que el viejo y controvertido artículo de Tarello, quien, por lo menos, “ha basi storiografiche e culturali ben più solide ed ampie di quelle del libro di Cipriani” (28). Y es que “la tribù dei processualisti”, según se opinó entre bromas y veras, “è simpateticamente rissosa e ciascuno è molto attento al proprio linguaggio” (29).

“La sua accusa non meriterebbe, forse, replica, se il suo libro non avesse ricevuto — anche e soprattutto per lettori estranei alle vicende e ai contenuti della dottrina processualcivilistica italiana di questo secolo — autorevole qualifica di serio contributo”, advertía el

(28) Cf. “*Culto della personalità*”, “*prodotti organici*” e “*pappagalli lusingatori*” di Chiovena in un libro recente, en “Rivista di Diritto Processuale” 47 (1992), 284-295. Antes, del mismo Luigi MONTESANO, “*Storie recenti su Mortara e Chiovena e sul romanesimo di Vittorio Scialoja “concretato” dai fascisti*”, en “Il Foro Italiano” 114 (1991), parte V, 598-602. Con gran *fair play* el interesado, al hilo de una breve contestación (ibid. col. 602), situó históricamente la reacción de su maestro al recordar “*illustri precedenti di stroncature... dettate dall’amore per la scienza e per la verità nonché, soprattutto, dall’affetto*”. Volvió a la carga Montesano, “*Culto della personalità*” cit., *Postilla* en pp. 293-295.

(29) Antonio GAMBARO, nota sobre las *Storie...* en “*Quadrimestre. Rivista di diritto privato*” (1992 n. 1), 227-235.

tronante Montesano. Su acidez llegó al extremo de atacar una reseña apreciativa que no era por cierto cosa de “lettore estraneo”⁽³⁰⁾; para su autor Cipriani ofrecía — como poco — “originalità”⁽³¹⁾, presentaba un “notevole interesse”, no en último lugar por aportar una inesperada “rivalutazione degli studiosi — Mortara in testa — che ingiustamente sono stati trascurati”⁽³²⁾. Considerados los métodos al uso, las *Storie di processualisti* presuponían un colosal “lavoro di scavo... pervaso da passione documentaristica” (Antonio Gambaro); atendidas las intenciones, el esfuerzo de Cipriani — “esame di coscienza di un processualista” — revestía, incluso, “caratteri di necessità”: pues la noticia demostrada de los hechos pasados tejía un relato liberador de las servidumbres impuestas por la historia al presente⁽³³⁾.

“Abbiamo... il dovere di sapere e di capire”, protestaba en solitario Cipriani. Cuenta en su haber el ansia irrefrenable de conocimientos, la obsesión casi enfermiza por las fuentes (tanto escritas como orales), el estilo vivísimo de escritura⁽³⁴⁾. Pero los méritos no impiden objetar interpretaciones demasiado forzadas: uno se pregunta, por ejemplo, si ocupar los más altos cargos de la magistratura italiana no era tan apetecible a principios de siglo como

⁽³⁰⁾ Eduardo GRASSO, *Le 'storie' di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi*, en “Quaderni fiorentini” 23 (1994), 499-522, con réplica de MONTESANO, *Fede in 'verità metafisiche' e 'assioma valutativo' nella dottrina processual-civilistica italiana? (A proposito del saggio di Eduardo Grasso sulle 'Storie' di Franco Cipriani in questi Quaderni 1994, pp. 499 e ss.)*, en “Quaderni fiorentini” 25 (1996), 653-663 y dúplica de GRASSO, *Note a Montesano*, 665-666.

⁽³¹⁾ “Non conosco altre biografie storico-giuridiche”, señaló GAMBARO, cit. (n. 28), “che perseguano con pari costanza il tentativo di capire il comportamento tenuto dagli uomini del passato”.

⁽³²⁾ Elio FAZZALARI, Nota a Cipriani, *Storie*, en “Rivista di Diritto Processuale” 46 (1991), 1110.

⁽³³⁾ Severino CAPRIOLI, *Satura lanx*, 28. *Leggendo un libro di Franco Cipriani*, en “Rivista di diritto processuale” 48 (1993), 1184-1195 (sobre *Il Codice di procedura...* 1992), una de las críticas más cómplices y apreciativas, con el valor añadido de provenir de un meticoloso experto en historia jurídica.

⁽³⁴⁾ Así Giuseppe PERA, *Il libro di Franco Cipriani 'Storie di processualisti'*, en “Rivista italiana di Diritto del Lavoro”, 11 (1992), 271-272.

una cátedra en Roma ⁽³⁵⁾. En cualquier caso, perdidos entre cartas privadas, traslados de sede y revistas científicas muchos de aquellos lectores apenas repararon en la carga que encerraba esta rompedora propuesta historiográfica. Expresado sencillamente, se trataba de plantear un debate — por decirlo con un título del propio Cipriani — en torno a *las ideologías del proceso civil*.

Sin duda el contexto estaba maduro para emprender nuevos rumbos. Cumplido el cincuentenario de la ley procesal habían desaparecido los *patres* que, de un modo u otro, consiguieron darle vida. Sus textos continuaban en la mente de todos, pero las estrategias de aquellos oligarcas y los compromisos ‘técnicos’ a que llegaron con los prebostes fascistas parecían cosa pasada: hasta la prensa diaria se hizo eco de la polémica sobre el fascismo de los códigos y la participación de Calamandrei en el procesal civil, prueba de la distancia intelectual y de la memoria recuperada ⁽³⁶⁾. Pero aún permanecían las consecuencias: las reformas del *Codice* acometidas en 1973 y 1990, colocadas a la sombra de Chioventa (oralidad, concentración, intermediación), resultaban impotentes para frenar el colapso de la justicia. Cabía pues imaginar otras fórmulas ⁽³⁷⁾. Y así, otra contribución de Cipriani para la “Processuale” de

⁽³⁵⁾ Pera cit., p. 271; para FAZZALARI, cit. (n. 32), “la drammatizzazione degli eventi appare, a volte, un po’ forzata”, en tanto que Gambaro cit. (n. 29) se declaraba francamente escéptico ante la interpretación de la carta (“tutta in falsetto”, decía Cipriani) de Mortara publicada en el libro-homenaje a Chioventa: cf. Cipriani cit. (n. 25), pp. 301 ss. Personalmente considero muy rebuscado el ensayo sobre *Vittorio Scialoja e la maiuscola reverenziale di Giuseppe Chioventa* (2000), una disquisición sobre la grafía del pronombre *lei/Lei* — con el efecto, nada menos, de una declaración de guerra en el seno de la escuela de Scialoja — que ahora consulto en los *Scritti in onore dei ‘patres’*, Milano, Giuffrè, 2006, 123-143.

⁽³⁶⁾ La polémica saltó a las páginas de “Il Corriere della Sera”, como me recuerda el generoso amigo Manuel Cachón: cf. entrevista a Franco Cipriani de Antonio Carioti, *Calamandrei e quel Codice del Ventennio*, ibid. 26 de enero, 2006, p. 41, contestada por Michele Taruffo, *Quel Codice non era fascista*, ibid. 9 de abril 2006, p. 31, con respuesta de Cipriani, *Calamandrei e il Codice di procedura civile — Interventi e repliche*, ibid. 13 de abril, 2006, p. 35. Algo después Cipriani concedió otra entrevista sobre la cuestión a Alessandra Benvenuto para el “Corriere del Mezzogiorno”, 8 de julio, 2007.

⁽³⁷⁾ Montesano fue el único, a lo que sé, que intuyó la relación existente entre la reforma procesal y la historiografía ‘revisionista’ del proceso, aunque sus intuiciones valieran como denuncia: cf. *Postilla* cit. (n. 27); también, con duras críticas a Taruffo, del

1994 demostró, a propósito del origen y el sentido del art. 187 del *Codice di procedura* ⁽³⁸⁾, la existencia de dos concepciones antagónicas o modelos del proceso: de un lado, la concepción *autoritaria* (también llamada, acaso rápidamente, ‘publicista’), que descansa sobre la figura de un juez poderoso, señor de la causa provisto de amplias facultades discrecionales y disciplinarias en mayor respeto de la ley; de otro lado la posición dicha *garantista*, para la que el juicio civil es un asunto *inter partes*, con el juez y el procedimiento al servicio del derecho de acción y de la libre defensa de intereses privados.

“Il processo civile, in un ordinamento che tutela il diritto di azione e di difesa delle parti”, escribió algo después nuestro autor ⁽³⁹⁾, “non può che essere costruito per consentire alle parti, ognuna nel rispetto al diritto alla difesa dell’altra, di chiedere e ottenere giustizia, non certo — come si fece nel 1940 (e come si è rifatto nel 1973 e nel 1990) — per indurle a ‘vuotare subito il sacco’, sì da consentire al giudice di ‘arrivare preparato alla prima udienza’ e di chiudere al più presto ogni causa o con la conciliazione o con la decisione... La speranza... è che questi saggi servano a fare prendere la distanza di un’ideologia che non ci appartiene e da un modello di processo che, essendo dichiaratamente costruito ‘dal punto di vista del giudice’, avrebbe dovuto essere già da tempo unanimemente condannato”.

Y el precepto legal en cuestión, al conceder al juez instructor — una peculiar, ‘autoritaria’ figura tenazmente combatida por Cipriani (“dittatura del giudice istruttore”) — la facultad de diferir las cuestiones prejudiciales al momento de la decisión final de la causa si entiende que se trata de una alegación infundada, ofrecería un óptimo ejemplo del *pathos* que recorre el Código procesal vigente ⁽⁴⁰⁾.

mismo Montesano, *Considerazioni su storia moderna e proposte della giustizia civile in Italia*, en “Rivista di Diritto Processuale” 26 (1981), 597-612. La prueba, desde luego, la tenía Montesano cercana: nuevo ejemplo es Franco Cipriani, *La apelación civil entre garantismo y autoritarismo* (trad. Eugenia Ariano), en “Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas” 28 (2009), 87-96.

⁽³⁸⁾ *Autoritarismo e garantismo nel processo civile. (A proposito dell’art. 187, 3 comma, c.p.c.)*, ahora en *Ideologie e modelli...* cit. (n. 27), 121-155, p. 129; también recogido en *Batallas por la justicia civil* cit. (n. 21), 131-157.

⁽³⁹⁾ *Ideologie e modelli* cit. (n. 27), pp. V-VI.

⁽⁴⁰⁾ El art. 187, párr. 3, procedería además del art. 309 del proyecto Solmi: el ministro de las leyes raciales (e historiador del derecho, como se sabe).

II. *Un auto judicial, una nueva Ley y más Historias.*

“[O]ggi nessuno oserebbe sostenere che il processo civile è tecnicamente neutrale e ideologicamente insensibile all’assetto costituzionale dello Stato: anzi, oggi vien spontaneo chiedersi se è mai possibile che un codice fatto dal fascismo nel 1940 sia all’unisono con la Costituzione antifascista del 1948... La conseguenza è che da qualche tempo a questa parte mi ritrovo a guardare con nuovi occhi norme (vecchie e nuove) che fino a ieri non mi dicevano niente” (41). Sería iluminante comprobar los avances técnicos de nuestro procesalista gracias a los argumentos derivados de sus brillantes hallazgos históricos, pero otros materiales — muy diferentes — reclaman aquí nuestra atención.

El 27 de septiembre de 2006 el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (España) resolvió mediante auto una duda competencial (42). Tres años atrás la Sra. Collado Ramos había presentado demanda de juicio de incapacitación contra su hijo Juan y el ministerio fiscal ante el juzgado de Paterna (Valencia), en razón del domicilio. Admitida a trámite la demanda, al cabo de dos meses Juan fue citado para un examen pericial; se encontraba entonces en paradero desconocido. Se supo después que tenía residencia en Alicante, de modo que el juez de Paterna, de acuerdo con el ministerio fiscal y al amparo del art. 58 de la ley de Enjuiciamiento civil (LEC), remitió las actuaciones a esa otra ciudad. Pero el juzgado de Alicante, acogiéndose al art. 60, nn. 2º y 3º, de la misma ley, se declaró incompetente. El conflicto pasó al Tribunal Superior.

El lector que recuerde la teoría de la *perpetuatio iurisdictionis* ya habrá imaginado el sentido del fallo: se declaró finalmente la competencia del juzgado de Paterna al ser el lugar donde había iniciado la litispendencia. Nada de eso importaría demasiado si no fuera por los sorprendentes razonamientos del Tribunal: la cita precisa de ciertos preceptos de la ley española seguía a la consideración de un caso italiano donde se enfrentaron las opiniones de Mortara y de

(41) CIPRIANI, cit. (n. 38), pp. 126-127.

(42) Auto n. 65/2006, de TSJ Comunidad Valenciana (Valencia), Sala de lo Civil y Penal, 27 de septiembre.

Chioventa, todo ello admirablemente invocado ahora por el juez español gracias a materiales que venía de publicar Franco Cipriani.

Se recordaba, en efecto, la incapacitación de una princesa Margarita a demanda de su tía María Antonieta. Iniciada la causa Margarita adquirió la nacionalidad francesa, por lo que surgió la cuestión jurisdiccional. Bajo la presidencia y en ponencia de Lodovico Mortara las secciones reunidas de la Casación anularon — estamos en 1921 — una sentencia de Ancona que había estimado la demanda en los términos del dictamen que María Antonieta solicitó a... Giuseppe Chioventa, favorable a la jurisdicción italiana en virtud de la teoría de la *perpetuatio iurisdictionis*. Ahora bien — recogía aún el auto valenciano — Mortara se limitó a seguir el *Codice Pisanelli* (1865), pues el principio que defendía Chioventa sólo se admitió en el *Codice di procedura* de 1940 (art. 5) y, a partir de ahí, en la flamante (2000) Ley procesal española (art. 411) ⁽⁴³⁾.

Con todo escrúpulo bibliográfico el Tribunal Superior daba cuenta de la edición de aquel parecer *pro veritate* suscrito por Chioventa, incluido entre sus *Memorie defensive* que habían visto la luz gracias a Franco Cipriani ⁽⁴⁴⁾. Y finalmente, la controversia jurídica — otra más — entre aquellos dos formidables maestros, resuelta años más tarde con el triunfo legal de Chioventa en la codificación fascista de las reglas del proceso, se invocó en el caso de Valencia para fundamentar la decisión:

“Es sobradamente conocido algo más de ochenta años después de la contienda de Chioventa y Mortara que uno de los efectos de la litispendencia es el conocido como perpetuación de la jurisdicción, en donde se incluye tanto la jurisdicción como la competencia, de modo que el juez competente en el momento de producirse la litispendencia lo sigue siendo a pesar de los cambios que puedan efectuarse a lo largo del proceso”.

No soy un lector profesional de decisiones judiciales pero creo

⁽⁴³⁾ Pero las doctrinas de Chioventa se difundieron con prontitud en España: cf. José [sic] CHIOVENTA, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la tercera edición italiana (1923) por José Casais Santaló, con notas de Alfredo Salvador (1922-1925), Madrid, Reus, reed. [de la ed. 1922-1925] 2000, I, pp. 640 ss, 695 ss.; II, 110 ss.

⁽⁴⁴⁾ *Memorie...* Bologna, Il Mulino, 2005. Fueron materiales forenses procedentes del archivo familiar, accesibles a Cipriani gracias a la amistad entablada con la Sra. Beatrice Chioventa, hija del célebre procesalista: cf. CIPRIANI, *Quel lieto evento* cit. (n. 11).

que este auto resulta singular ⁽⁴⁵⁾. Singular y revelador: nos indica en primer término que los *patres* del derecho procesal italiano — los inventores de esta terminología en el estudio del procedimiento; los responsables de la primera revista jurídica consagrada íntegramente a la especialidad (1924) — contienen un rico patrimonio de doctrina que no sólo encuentra sus herederos en Italia. Por no citar más que el momento inicial de una compleja historia de ‘recepciones’, como quedó consignado la obra de Chiovenda se publicó tempranamente en Madrid (1922, 1925), encontrándose al alcance de cualquier jurista de habla hispana.

El fallo valenciano nos enseña, en segundo lugar, que la historia jurídica — los análisis de ‘contexto’ aplicados a las normas legales — centrada en *patres*, *processualisti* y *oligarchi* convertidos en el objeto mismo de la pesquisa pueden y deben gozar de la fortuna internacional que conocieron esas figuras y sus obras; esto es, de Calamandrei o de Mortara interesan tanto sus aportaciones doctrinales como los análisis que han recibido. Y por último, a partir del art. 411 de la LEC del 2000 se hace necesario determinar la filiación del nuevo derecho positivo español, aunque el auto en cuestión, que deja clara la concordancia entre los dos códigos latinos en este punto, permite intuir que el magistrado ponente del Tribunal Superior de Valencia, al convertir los fundamentos del fallo en una pieza puramente historiográfica, pensaba más bien en la circulación *fuori le mura* de la doctrina italiana.

No puede extrañar que el auto de 2006 fuese cosa de Juan Montero Aroca (1942), antiguo discípulo de Satta en Roma, catedrático en Valencia (1977), autor de obra copiosa (interesado, como Cipriani, por los clásicos del proceso) y magistrado del Tribunal

⁽⁴⁵⁾ Localizo otra cita judicial (“a metáfora do Franco Cipriani, quando salienta que também os ospitais são construídos prioritariamente para os enfermos, e não para os médicos ou administradores”) en un fallo brasileño aún más reciente (Decisão monocrática n. 70034370429 do Tribunal de Justiça do R.S. [Río Grande do Sul], sexta Câmara Cível, 23 de feb., 2010. Ponente: Artur Arnildo Ludwig). Veo la metáfora aludida en Franco CIPRIANI (cur.), *Stato di diritto e garanzie processuali. Atti delle II Giornate internazionali di Diritto processuale civile* (2007), Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche italiane (Quaderni di “Il giusto processo civile”, n. 2), 2008, presentación, 11-17.

regional desde 1989 ⁽⁴⁶⁾. Se trata además del primer lector que conocieron en España las *Storie*: “especie de juicio personal e intelectual” a los *padres*, que decía Montero; un libro capaz de conmover la literatura procesal contemporánea ⁽⁴⁷⁾. Importa destacar que el decidido rechazo de la (predominante) concepción publicista del proceso civil, tan propia del siglo XX, se derivaba claramente de la memoria reavivada por Cipriani, a quien su colega español agradecía la documentada puesta en cuestión de la escuela chiovendiana y las críticas por la supresión — tan coherente con el régimen fascista — del estudio de la organización judicial en los cursos universitarios de Derecho — otro de las ‘batallas por la justicia civil’ emprendidas por Cipriani, como sabemos. Una vez más, la teoría del proceso sólo parecía posible desde la comprensión histórica.

Una verdadera *historia del presente*, entonces. La lectura de Montero Aroca hacía patente una afinidad intelectual entre estos estudiosos del proceso civil que pronto condujo a iniciativas y publicaciones conjuntas. Entre los numerosos documentos que acreditan una rica colaboración me limitaré a mencionar sólo dos: primero, un libro colectivo (al cuidado de Montero) con presencia

⁽⁴⁶⁾ Montero se formó con Víctor Fairén, su predecesor en la Universidad de Valencia, decido autor de impronta ‘publicista’. Y sobre el culto a los clásicos, cf. Juan Montero AROCA, *Aproximación a la biografía de Francisco Beceña*, en “Revista de Derecho Procesal” 1 (1980), 131-163 (= *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1981, 603-632; Eugenio de Tapia, “práctico” y poeta, en *Constitución, derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*, Zaragoza, 1982, 505-18 (= “Justicia” [1982, n. 2], 128-14; también en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, 593-606).

⁽⁴⁷⁾ Tras la muerte de Salvatore Satta (1975), la procesalística habría seguido — a juicio de Montero — dos caminos divergentes: el primero, poco atractivo (“basura mental”), se afanaba en lograr una suerte de sociología teórica del proceso (“por este camino van Cappelletti y ejemplos como la ‘humanización del proceso’ carentes de toda utilidad práctica”); el segundo, preferible al anterior aunque igualmente insuficiente, sería el recorrido por los autores de grandes monografías técnicas, realizadas “con gran finura de conceptos... por... aquellos que no han desertado de su oficio de juristas” pero siempre “falt[os] de genio constructor... horror a la originalidad”. Cf. MONTERO, reseña de las *Storie* en “Justicia” (1991, n. 1), 497-499; también reseñó, de Cipriani, *Il Codice di procedura civile...* ibid. (1992, n. 4), 1012-1014.

de Cipriani, cuyo título refleja proyecto y controversia ⁽⁴⁸⁾; y segundo, la versión italiana, por iniciativa y con prólogo del amigo de Bari, de la rápida toma de posición de Montero sobre la reforma española del enjuiciamiento civil, compuesta con el objeto de describir-descubrir sus “principios políticos” ⁽⁴⁹⁾.

“[S]e trata de recapacitar sobre lo que ha sido y sobre lo que puede ser el proceso civil” (p. 13). Y en efecto, los *Principios políticos* de Juan Montero ofrecían una amplia reflexión sobre el ordenamiento procesal que nacía en España con el siglo XXI. Nuestra tercera Ley de enjuiciamiento (hubo otras en 1855 y 1881) abandonaba por fin el *solemnis ordo iudiciarius* que pervivió — desde el siglo XIII, nada menos — en los códigos anteriores, sustituyendo el viejo juicio declarativo de mayor cuantía por aquel otro modelo procesal que el mencionado Víctor Fairén, en una investigación memorable, llamó el ‘juicio plenario rápido’ ⁽⁵⁰⁾. La inserción de la LEC (2000) dentro de la historia de la codificación procesal permitía comprobar que los nuevos hallazgos técnicos (esa ley “se ha inclinado por la oralidad como principio determinante... y ha incluido en ese principio los llamados principios consecuencia: concentración, inmediación y publicidad, y lo ha hecho de modo razonable”: Montero, pp. 149 ss) no echaban sin embargo por la borda el espíritu liberal que dio sentido a los códigos del siglo XIX,

⁽⁴⁸⁾ Juan MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006. Interesa además la segunda edición (2011), con sus importantes *Anexos* con los manifiestos garantistas de que más abajo se dirá y la necrología de Cipriani por Montero, presentada en un congreso celebrado en Lima (cf. *Franco Cipriani*, 455-462) donde recuerda su primer encuentro personal — precisamente en 1991, lo que hace de Montero uno de los más precoces destinatarios de las *Storie di processualisti* — y otros particulares emocionantes.

⁽⁴⁹⁾ Juan MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, Edizione Scientifiche italiane, 2002. Traducción de *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (Los poderes del juez y la oralidad)*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2001.

⁽⁵⁰⁾ Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos. (Los defectos en la recepción del derecho procesal común, sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, Bosch, 1953; valga la cita — debida — como recuerdo del gran jurista, fallecido cuando se escribían estas páginas. Discípulo de Leonardo Prieto-Castro (y de Piero Calamandrei), Fairén ha sido sin duda el procesalista más sensible a la historia de toda su generación.

cuando parecía que “la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial” (así José M^a Manresa, autor de la LEC de 1881, recordado ahora por Montero, p. 67).

“Cada proceso civil”, se dijo oficialmente en el Congreso de los Diputados, “es el caso y la vida de unos determinados sujetos jurídicos... El proceso civil no es un proceso del Juez o del Tribunal o del Secretario, o del Abogado o del Procurador... es el caso de unas personas, que necesitan tutela jurisdiccional” (51). Conviene precisar que la Ley fue presentada por Margarita Mariscal de Gante, juez de profesión y responsable de la cartera de Justicia en el primer gobierno de José M^a Aznar (1996). Venía avalada por su larga y combativa trayectoria como vocal del Consejo del Poder Judicial, nombrada por el Senado a propuesta del Partido Popular (1990); probablemente allí entabló amistad con el también vocal Andrés de la Oliva Santos, catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid (1984). La óptima relación entre ambos favoreció una política judicial conjunta y el encargo a Andrés de la Oliva del anteproyecto de la ley de enjuiciamiento tras acceder Mariscal de Gante al ministerio (52). Entre los técnicos convocados a esa empresa y los posteriores debates parlamentarios, razón de ciertas medidas de sesgo ‘publicista’ que faltaban en el proyecto inicial (así la consagración de la buena fe procesal en el art. 247), salió adelante un nuevo código... de espaldas a la Comisión General de Codificación (53).

Como cabía esperar, la concepción garantista de la nueva ley española (“en la que el principio dispositivo es su elemento determinante”, Montero p. 56) se describía desde la historia jurídica aportada por Cipriani, con énfasis en el ‘apostolado’ de Chiovenda en pro de la oralidad y en la curiosa transformación de estas teorías

(51) Andrés DE LA OLIVA SANTOS-Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-Jaime VEGAS TORRES, *Derecho Procesal. Introducción. (Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 149.

(52) Sobre la experiencia en el Consejo, cf. Andrés DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *Papeles del C.G.P.J. (1990-1996)*, Madrid, Gaceta Fiscal, 1997: una amplia colección de votos particulares y de propuestas suscritas por el recopilador y por Margarita Mariscal de Gante, no rara vez en solitario. Para la elaboración y los principios de la ley, a pesar de las protestas contra su autoría, del mismo autor, *Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998*, en “Revista de Derecho Procesal” (1999), 359-394.

(53) Cf. Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Sobre el ya “Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil” de 1999. Razón de una adhesión no producida*, en “Revista de Derecho Procesal” (1999), 347-358; de modo significativo el autor se presentaba como “miembro permanente de la Comisión General de Codificación — no consultada”.

al ser recibidas en el *Codice di procedura civile* (la institución del juez instructor ahí prevista sería “algo típicamente italiano... contraria a la oralidad, en el sentido explicado por Chiovenda”, p. 165). Pero las enseñanzas de Cipriani también inspiraban la crítica a la concepción ‘publicista’, ajena a la ley del 2000 — no obstante ciertos rasgos ‘autoritarios’.

“La publicización [sic] del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y plasmó en una Ordenanza... que, al menos, debe calificarse de antiliberal y antigarantista del proceso civil... El Código italiano de 1940, por mucho que se haya querido sostener lo contrario, fue un Código típicamente fascista, inmerso en esa concepción política. El conceder amplios poderes discrecionales al juez sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil... En los últimos años estamos asistiendo, primero, al reconocimiento de que el aumento de los poderes del juez es algo propio de una ideología que propicia el aumento de los poderes del Estado en detrimento de la libertad del ciudadano, y, después, a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que las separan” (Montero, pp. 54-55).

“Montero Aroca”, confesó a su vez Cipriani en la traducción de los *Principios*, “ha vissuto in Ispagna una vicenda molto simile, se non identica alla mia. Con la differenza che mentre lui, in Ispagna, non è stato messo all’indice, io, in Italia, quando non sono ignorato, devo sentirmi dire che sono un revisionista” (*Prefazione*, p. 12). Más allá de los sentimientos y de la información transmitida, esta frase conduce a otro fruto de la colaboración profesional de Cipriani con Montero; me refiero al libro *Proceso civil e ideología*.

Quede clara la importancia de ese último término: “hoy nadie puede sostener, como hizo Stein en 1921, que el proceso civil está regido por derecho técnico en su máxima expresión, el cual por ello carece de valores eternos” (*Prólogo* de Montero, p. 16); al contrario, la comprensión del proceso tendría que asumir una visión histórica si no quiere perder el significado *político* de sus reglas ⁽⁵⁴⁾. Lo que

⁽⁵⁴⁾ La nueva ley del 2000, precisaba Montero todavía, “ha sido para mí el momento adecuado, no para iniciar, pero sí para exteriorizar, la preocupación por las

‘politizará’ por añadidura la interpretación del procesalista: con fuertes tintes polémicos la alternativa ‘garantismo’ — ‘publicismo’ recorre el libro todo y explica el empleo de expresiones demasiado agónicas (Franco Cipriani, *El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas*, 51-64, que es versión militante de la *Prefazione* a la traducción de los *Principios*), las críticas al supuesto ‘neoprivatismo’ de los garantistas (José Carlos Barbosa Moreira, *El neoprivatismo en el proceso civil*, 199-215: un simple y rechazable ‘slogan’ en opinión de Cipriani: *ibid.* pp. 91 ss), las censuras cruzadas (Giovanni Verde, *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, 67-80, reseña de los *Principios* que la toma con Cipriani; también Girolamo Monteleone, *Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de un ‘revisionista’*, 97-117, otro comentario sobre libro y prólogo que la toma con Verde) y los informes sobre ordenamientos anclados en el modelo ‘autoritario’, como los de Perú (Eugenia Ariano Deho, *En los abismos de la ‘cultura’ del proceso autoritario*, 357-379) y Portugal (Luís Correia de Mendonça, *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, 381-438). Estas contribuciones evidenciaban que el debate sobre modelos de proceso civil, más o menos remotamente basado en otra visión del *Codice* italiano, traía consigo una comprometida práctica historiográfica: tras el motivo del “código fascista” que desveló Cipriani se trataba de cotejar el encaje constitucional de las garantías procesales y la presencia de las técnicas ‘publicistas’ en el proceso, dos fenómenos (pueden llegar a ser contradictorios) igualmente característicos de la cultura jurídica propia del siglo XX.

Lógicamente, en los estudios institucionales se reproduce a escala la polémica sobre los modelos. Un ejemplo ilustrativo (“excelente atalaya sobre la cual es posible observar el nivel ético de una ley de enjuiciamien-

bases ideológicas de los cuerpos legales”, *Prólogo*, p. 15. El contrapunto lo ofreció en esas páginas Joan Picó, para quien “en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución, esto es, cuál es el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si una institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal” (cf. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, 109-127, p. 127). Es evidente que tal admisión de excelencias técnicas consideradas *in abstracto* echaría por la borda el esfuerzo por comprender el fenómeno procesal desde sus circunstancias de vida y aplicación, esto es, desde su radical historicidad.

to”, ha escrito Joan Picó) es la reflexión en torno a la buena fe procesal, consagrada en la nueva ley española (art. 247.1) a imagen y semejanza del *Codice* italiano (art. 88) ⁽⁵⁵⁾. Se ha sostenido el valor neutro desde el punto de vista político de la exigencia de buena fe a las partes y a sus abogados (cf. Joan Picó i Junoy, *La buena fe procesal*, Bogotá, Pontificia Universidad Javierana etc, 2011, pp. 247 ss.: “la bondad o no de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada”, como vimos), aunque no ha dejado de advertirse que el principio general de buena fe — desconocido en nuestra tradición legislativa, a excepción de la autoritaria y fugaz *Instrucción* del marqués de Gerona (1853) — no es fácilmente compatible con el garantismo y la legalidad del proceso: ambos con sólida apoyatura — al contrario que la buena fe — en la carta constitucional ⁽⁵⁶⁾.

Por eso no extrañará que haya sido en América Latina, una región rica en experiencias constitucionales recientes pero necesitada aún de la fuerte intervención estatal para activar las más variadas políticas sociales, allí donde la polémica entre ‘garantismo’ y ‘publicismo’ alcance mayores proporciones (cf. Adolfo Alvarado Velloso, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, 217-247).

Llegados aquí conviene volver sobre las *Storie di processualisti* para presentar a su segundo lector español. Se trata del citado Manuel Cachón Cadenas, catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona (1993), autor de una meditada contribución — por eso no fue de publicación inmediata — que contenía las claves para comprender el influjo de los *padres* italianos en la vecina España y, por esta vía, en América Latina ⁽⁵⁷⁾. Cachón se sintió además llamado a la causa de la más rigurosa y documentada historiografía jurídica y nos ha brindado unos importantes estudios, reunidos ahora en el expresivo título de *Historias de*

⁽⁵⁵⁾ Habría también que recordar, como precedente particularmente odioso, la ley alemana de 23 de octubre, 1933. Mas la cuestión de los principios generales como instrumento para la ‘nazistización’ del ordenamiento ya ha sido bien estudiada: Michael STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, Schweitzer, 1973.

⁽⁵⁶⁾ Manuel CACHÓN CADENAS, *La buena fe en el proceso civil*, en Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (dir.), *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, 209-249.

⁽⁵⁷⁾ Cf. *Una reseña tardía con algunos episodios tempranos* (1999), 89-113, en la obra que se cita seguidamente.

procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950) (58). Podemos entonces concluir que si Montero ha sido el par de Cipriani en la defensa a ultranza del modelo procesal ‘garantista’, Cachón ha hecho suyo el gusto del fallecido colega de Bari por la historia de la disciplina — aunque varias de las contribuciones dogmáticas que debemos a este autor hayan empleado la observación histórica y los datos del pasado doctrinal como herramienta de crítica e interpretación del derecho vigente (59).

“Non è certo esaltante ignorare la storia della propria disciplina”, proclamaba en su libro Cachón empleando palabras de Cipriani (p. 17). El propósito de aquél, así sintéticamente anunciado, pasaba por identificar a los titulares de las cátedras de Procesal, rastrear sus empresas académicas, conocer una producción literaria con frecuencia demasiado olvidada, descifrar exilios, reconstruir filiaciones y magisterios... Ha supuesto recuperar, en una palabra, *la memoria de la procesalística española* (60). Pero la hermosa empresa le condujo derechamente hasta Italia.

“[L]eer a Cipriani ayuda, y cómo, a entender por qué nosotros, procesalistas españoles de aquí y de ahora, hemos leído a unos autores italianos, y no a otros: hemos tenido noticia acerca de unas ideas sobre el proceso civil y no de otras; hemos aprendido a estudiar el derecho procesal de una manera, y no de otra” (*Historias*, p. 92).

(58) Manuel CACHÓN CADENAS, *Historias...* cit. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2012; también accesible en línea (<http://hdl.handle.net/10016/14588>). Le ha dedicado una lectura cómplice César HORNERO en “Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija” 15 (2012), 196-206; cf. p. 198: “Más allá del elogio y de la admiración justificada a Cipriani, en Cachón hay una adhesión a una línea de trabajo y a una manera de hacer, que ha trasladado y aplicado a la historia de la ciencia procesal española. Cachón es por méritos propios... el Cipriani español”.

(59) Cf. “Un excelente jurista aporta nuevos argumentos contra el proyecto de ley de tasas judiciales”, que es entrada principal (correspondiente al lunes 15 de octubre, 2012) del ‘blog’ de Andrés de la Oliva Santos, con reproducción de Manuel J. CACHÓN CADENAS, *Otra pesadilla para la justicia* (<http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/2012/10/un-excelente-jurista-aporta-nuevos.html>); antes, del mismo Cachón, *Las tasas, pesadilla recaudatoria*, en “El Periódico de Catalunya” (Barcelona), 6 de marzo, 2012, p. 8. Últimamente, siempre de nuestro amigo, *Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica*, en Teresa ARMENTA DEU (coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal. ¿Una dirección adecuada?*, Madrid, Marcial Pons, 2013, 11-33.

(60) Cf. en especial CACHÓN, cit. (n. 56), *Cátedras y catedráticos de Procedimientos judiciales y de Derecho Procesal durante la primera mitad del siglo XX*, 17-87.

De modo que las *Storie* no sólo significarían, en este segundo caso de investigación histórica centrada en el proceso y realizada por procesalistas, un ejemplo estimulante para trazar el recorrido de la propia doctrina; la crónica debe partir de los resultados aportados por Cipriani al estar inexorablemente enlazados con la *vicenda* nacional (española). Tal y como recuerda Manuel Cachón y supieron ver los auténticos protagonistas de los flujos de recepción científica — tan intensos desde los años 1920 — fue admirable “la magnitud del aporte hispánico, y fundamentalmente español, a la difusión de la ciencia procesal italiana”, un singular fenómeno que “él solo supera con exceso a las contribuciones similares de todos los demás idiomas cultos juntos” (Niceto Alcalá-Zamora [1974], en Cachón, p. 92). De modo si queremos anecdótico mas dotado de la fuerza que encierran ciertas metáforas los estudios científicos dedicados a Chioventa “nel venticinquesimo anno del suo insegnamento” (1927) se abrieron (Francisco Becaña, *I caratteri generali del processo civile in Ispagna*, 1 ss) y cerraron (José R. Xirau, *La funzione giurisdizionale e l'equità*, 835 ss) con dos aportaciones de procesalistas españoles. Conviene no olvidar aún que, por esas mismas fechas, ya había sido publicada en Madrid la obra mayor del maestro italiano ⁽⁶¹⁾.

“[S]i el autor hubiera considerado oportuno”, ha escrito Cachón con referencia a Cipriani, “escarbar un poco más en los vínculos que han mediado entre el procesalismo italiano y el procesalismo español, habría encontrado fácilmente otras pruebas favorables a su contrahistoria. Incluso habría podido comprobar que la otra historia, la consagrada por la reiteración, había comenzado a difundirse en España poco tiempo después de su nacimiento en Italia; hasta es probable que algún que otro extremo de aquella historia se diera a conocer en España antes que en la misma Italia” (op. 103-104). Dejaremos sin embargo ahí la narración del amigo de Barcelona y su oportunísimo rescate de la larga, sin duda alguna ‘calamandreiana’ introducción de José R. Xirau a la edición española

(61) Pero la pionera traducción y su autor componen una de las más jugosas *Historias* que narra Cachón cit. (n. 56): cf. *Desventuras de José Casais Santaló, primer traductor español de Chioventa*, 233-305, con versión italiana en la revista de Cipriani: *José Casais Santaló, primo allievo e traduttore spagnolo di Giuseppe Chioventa*, en “Il giusto processo civile” (2010, n. 4), 1263-1299.

de *La condena en costas* de Chioventa (trad. J. A. de la Puente, 1928), donde encontramos el relato “clásico” de la primacía de este autor y su ‘apostolado’ en pro de la oralidad, pues veo cuando menos dos razones que, aparte otras alegadas por Cachón, al ofrecerles contexto aconsejan completar los hallazgos de la historiografía italiana con los datos equivalentes de la procesalística española.

La primera se refiere a la presencia en las cátedras de jóvenes universitarios que, antes y después de la Gran Guerra, comenzaron a visitar las aulas y los institutos de Italia y de Alemania. La fundación de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (1907-1936), con su política de becas para visitar centros extranjeros, hizo al fin posible que los mejores estudiosos españoles — futuros catedráticos pero también profesores ya consagrados, particularmente inquietos — entablaran relaciones profesionales con los maestros europeos más renombrados ⁽⁶²⁾. Por ejemplo, Francisco Becaña obtuvo ayudas para estudiar en Suiza la aplicación de Ley federal para la persecución por deudas y quiebras y la organización de tribunales en Alemania (1920), pero también para conocer de primera mano — estamos en 1926 — “[e]n Italia: el procedimiento civil austríaco, el más representativo del tipo de oralidad, que rige aún en el Trentino... [así como] el estado actual de los proyectos de reforma del procedimiento civil italiano, siguiendo los trabajos de la Comisión, integrada entre otros miembros por los Profesores de Procedimientos de Roma, Padua y Florencia, y la organización del sistema de selección del personal judicial y la nueva organización de los estudios jurídicos en las Facultades de Derecho a consecuencia de las reformas de Gentile” ⁽⁶³⁾. Poco antes (1918-

⁽⁶²⁾ La literatura ya es crecida; basta con José Manuel SÁNCHEZ RON (coord), *1907-1987. La Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas 80 años después*, I-II, Madrid, CSIC, 1988, aun sin el obligado capítulo jurídico.

⁽⁶³⁾ Son los propósitos de Becaña, por entonces catedrático en Oviedo, declarados en la solicitud de pensión de 28 de noviembre, 1925; cf. Archivo de la Junta de Ampliación de Estudios (Residencia de Estudiantes, Madrid), JAE/18-204. Interesado en el concurso a la cátedra de Procesal de la Universidad de Madrid (1929), a pesar de sus superiores méritos Becaña sobornó al poco escrupuloso Laureano Díez Canseco (titular casi ágrafo de cátedra histórico-jurídica) para obtener un dictamen favorable en el Consejo de Instrucción Pública, al que Díez Canseco pertenecía; son datos hasta hoy

1919) José Casais, infeliz traductor de Chiovenda, había seguido, siempre gracias a la Junta, las enseñanzas del célebre profesor de Roma (“que domina a perfección nuestro idioma y nuestro derecho procesal”), interesado por el estatuto de la abogacía italiana y la teoría de la acción en el procedimiento criminal ⁽⁶⁴⁾. Otros grandes procesalistas, como el citado José R. Xirau, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo o Leonardo Prieto-Castro, estuvieron pensionados en Alemania, Suiza, Francia. Y de ese modo, en tiempos relativamente cortos, el nivel de las facultades españolas y de la investigación jurídica alcanzó cotas insospechadas.

“Así como antes, cuando yo era estudiante, los libros que más solicitaban en la biblioteca de la Facultad de Derecho... pertenecían a las ciencias sociales, a la Filosofía, a la Historia”, recordó un ilustre privatista de aquellos años, becario de la Junta en Halle y Berlín ⁽⁶⁵⁾, “hoy lo que más piden los estudiantes son libros de Derecho civil, romano, mercantil, etcétera... Ignorábamos el derecho positivo, no sólo en los detalles de la Ley, que eso hubiera tenido poca importancia, sino en sus fundamentos científicos, que apenas siquiera sospechábamos”.

desconocidos que encuentro en los recuerdos del entonces ministro del ramo: cf. Elías TORMO MONZÓ, *Memorias a mis nietos*, en Archivo de Elías Tormo, caja BH AP 8 (12) (depositado en la Biblioteca Histórica de la Universidad Complutense, Madrid), pp. 163 ss. Sobre Francisco Marcos, frustrado contrincante de Beceña, con noticias del recurso que presentó contra la provisión favorable al segundo, *vid.* Manuel CACHÓN, *Marcos Pelayo, Francisco*, en *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*, a consultar en línea (<http://www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos/mpelayo>), pero también se recuerda lo principal en Cachón cit. (n. 58), p. 51. Como vemos, aún quedan muchas historias de procesalistas y oligarcas por investigar.

⁽⁶⁴⁾ Archivo cit. JAE/32-321; al presentar una memoria final de actividades (Roma, 29 de febrero, 1920) Casais daba la primicia de su traducción (“[F]inalmente pongo en conocimiento de la Junta que en estos momentos traduzco la obra “Principios de procesal civil” con adaptaciones al derecho español e hispano americano, que muy pronto será estampada — mis trabajos van muy avanzados — por la Editorial Reus de Madrid. Es el libro fundamental de Chiovenda”). Para la referencia del traductor a los conocimientos lingüísticos y jurídicos de Chiovenda, cf. Cachón cit. (n. 59), p. 252; para los datos del expediente JAE *ibid.* pp. 243 ss. Años antes (1916) Casais había solicitado una ayuda para estudiar la emigración en América del Sur: allí acabó, exiliado en Brasil, como enésima víctima de la guerra española (Cachón, p. 252 ss).

⁽⁶⁵⁾ Leopoldo [García]-Alas [García-Argüelles], *Las Universidades de España. La de Oviedo*, en “Nuestro tiempo. Ciencias y Artes-Política y Hacienda” 24 [1924, junio], [281]-309, p. 307.

Los fundamentos científicos del derecho procesal, tal y como documentó Cachón en sus *Historias*, se buscaron y encontraron en la pujante doctrina italiana. A las versiones publicadas desde finales del siglo XIX de los privatistas y penalistas — tanto clásicos como positivistas — se añadieron a partir de los años 1920 traducciones al español de los *patres* (Chioventa en 1922-1925, pero también en 1928 y 1936; Calamandrei en 1926; Mattiolo en 1930-1936), seguidas de las influyentes ediciones realizadas en América (todo Calamandrei, gracias al infatigable Santiago Sentís Melendo, a partir de 1943; Carnelutti en 1944, 1950 y 1955; Liebmann en 1946; Chioventa, de nuevo, en 1948; Redenti en 1957) (66). Obviamente, los efectos no se hicieron esperar.

“Toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años ’50 del pasado siglo”, ha escrito un conocido autor con referencia a la recepción de clásicos europeos, “ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes [universidades] de América”, advirtiendo de inmediato sobre “la influencia doctrinaria que tuvo... la editorial EJE (Ediciones Jurídicas Europa América) que, durante muchos años, se dedicó a traducir al castellano lo más granado de las obras del procesalismo italiano y alemán. Y todos los americanos abrevamos en ellas y nos convencimos de sus bondades, sin darnos cuenta — hasta hace muy poco tiempo, Franco Cipriani mediante — de que todos los autores traducidos glosaban o la ley nazi del ’37 o la ley fascista del ’40” (67).

Fueron publicaciones por lo común encomendadas al cuidado de exiliados que cruzaron el Atlántico sin otro patrimonio que su saber jurídico y sus contactos internacionales — el lector curioso queda invitado a consultar las cartas cruzadas entre Alcalá-Zamora y Piero Calamandrei — para expandir la influencia doctrinal italiana; nuevas traducciones de producción española (Carnelutti en 1942 y 1950; Chioventa en 1940 y 1948; Lessona en 1942...) acentuaron esa misma presencia y, por ende, mantuvieron el dominio de Chio-

(66) Hoy día es fácil obtener información mediante recursos telemáticos, pero será de utilidad Phanor J. EDER, *Law Books in Spanish Translation. A Tentative Bibliography*, Ganisville, University of Florida Press, 1966.

(67) Adolfo ALVARADO VELLOSO, *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, p. 51.

venda en los términos de la *historia oficial* narrada por Calamandrei, introducida entre nosotros por Xirau y documentada por fin en la Argentina gracias al esfuerzo de Sentís Melendo (68).

III. *Guerras, exilios y otras batallas por la justicia civil.*

Así llegamos a la segunda y poderosa razón que recomienda acompañar las historias de la procesalística italiana y de la española, pues ahí están las bases de la actual proyección americana de la ideología 'garantista'.

Lo sabe muy bien Cachón, quien no dejó de tratar en sus *Historias* la terrible circunstancia de la contienda civil: para desgracia de todos, la disciplina procesal sufrió como ninguna los desastres de la guerra.

“En julio de 1936, había en España tan sólo doce Universidades, todas con Facultad de Derecho, y en cada una de éstas, cátedra única de Derecho Procesal, aunque dividida en dos cursos”, escribió un conspicuo protagonista de esos hechos (69). “De esas doce cátedras de la disciplina, la de *Santiago de Compostela* y la de *Murcia* se hallaban vacantes, pendientes de salir a oposición para cubrir las, y las otras diez quedaron así como consecuencia de la guerra civil: *Madrid*, titular Francisco Beceña González, asesinado por los mineros asturianos al comienzo de la contienda; *Barcelona*, José Ramón Xirau Palau, fallecido en el destierro; *Valencia*, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, retornado a España tras cuarenta años de exilio en 1977; *Granada*, Gabriel Bonilla Marín, y *Sevilla*, Rafael de Pina Milán, muertos ambos en Méjico; *Salamanca*, Emilio Gómez Orbaneja, vivió en Francia hasta 1938, y al regreso fue sometido a diversas sanciones, y La Laguna, Francisco Marcos Pelayo, murió en las cárceles franquistas concluida la lucha. Por tanto, sólo tres se salvaron de la quema: *Valladolid*, Mauro Miguel y Romero (padre de Carlos de Miguel, sucesor suyo en la misma materia y en la propia ciudad, al cabo de los años); *Zaragoza*, Leonardo Prieto Castro, aunque tuviese que capear algún vendaval, y

(68) Piero CALAMANDREI, *Chioventa. Recuerdo de juristas*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951; del mismo, *Los estudios de derecho procesal en Italia*, trad. Santiago Sentís Melendo, ibid. 1959. Cf. CACHÓN, cit. (n. 55), *Apuntes sobre la vida y la obra de un insigne procesalista catalán: José Xirau Palau*, 173-193, pp. 178 ss para sus relaciones con Chioventa.

(69) Palabras y recuerdos de Niceto Alcalá-Zamora en CACHÓN, cit. (n. 58), p. 73. Cachón añade seguidamente toda clase de datos y precisiones a la desoladora descripción de don Niceto, válida en lo sustancial.

Oviedo, José Serrano Suárez, sin novedad en el frente”. Por supuesto, la terrible diáspora académica no afectó tan sólo a nuestra pobre España ⁽⁷⁰⁾.

Con tan triste panorama no es de admirar que fuese José Castán Tobeñas, un civilista conservador que accedió *post bellum* a la presidencia del Tribunal Supremo, el *oligarca* puesto por el Régimen a la cabeza del derecho procesal ⁽⁷¹⁾.

No es posible abordar en estas páginas la fortuna americana de la codificación española — tan intensa, al menos por lo que toca a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855: “vigente en casi todo el continente” — ni discutir el papel de ciertos nombres al momento de exportar ciencia jurídica europea a las tierras americanas ⁽⁷²⁾. Pero parece conveniente volver sobre unos cuantos hechos y figuras si queremos calibrar el gran éxito del ‘garantismo’ al otro lado del Atlántico ⁽⁷³⁾.

Y desde luego el caso de la ciencia procesal carece de cualquier parangón, incluso en relación con la indudable vocación ‘pan-latina’ de muchas ramas jurídicas. Por ejemplo, si los publicistas fundaron un *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, 1974) y los maritimistas, en tiempos aún más recientes (Santa María de la Rábida, 1987) han puesto en marcha la corporación correspondiente (*Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Marítimo*), los procesalistas — con más de cuatrocientos socios, de muchos países — formaron su *Instituto Iberoamericano* en una fecha

⁽⁷⁰⁾ Francisco MORENO VALERO, *La universidad en los regímenes fascistas: la depuración del profesorado en Alemania, España e Italia*, en “Historia Social” 54 (2006), 51-72. También Valeria GALIMI-Giovanna PROCACCI (eds.), *Per la difesa della razza. L'applicazione delle leggi antiebraiche nelle università italiane*, Milano, Unicopli, 2009.

⁽⁷¹⁾ Cf. Antonio SERRANO GONZÁLEZ, *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2001, en particular pp. 34 ss de “Calamandrei y la España ausente”.

⁽⁷²⁾ Sobre la ley española de 1855 y América, cf. últimamente Adolfo ALVARADO VELLOSO, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, prólogo de Juan Montero Aroca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 86 para las palabras recogidas arriba. El problema general de la ‘recepción’, necesariamente creativa, del *canon* europeo en el nuevo continente ha sido abordado con brillantez por Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, prólogo de Duncan Kennedy (2004), Bogotá, Legis, 5º reimp. 2009.

⁽⁷³⁾ José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Evoluzione della scienza processuale latinoamericana in mezzo secolo*, en “Rivista di Diritto Processuale” 53 (1998), 26-35.

temprana (1957: justo al hilo del centenario de la famosa ley de enjuiciamiento española). Desde entonces este centro celebra con puntualidad bianual sus importantes congresos y últimamente saca una “Revista iberoamericana de derecho procesal” (vol. I, 2002) ⁽⁷⁴⁾.

Bajo los auspicios del mismo *Instituto* se elaboró, en segundo lugar, un código-modelo de proceso civil (1988) cuya regulación (“sigue la tendencia moderna de aumento de los poderes del Juzgador convirtiéndolo en el verdadero director del proceso”, según confesó el uruguayo Enrique Vescovi) ha influido decisivamente la evolución de la legislación americana ⁽⁷⁵⁾.

Tengo presente el Código General del Proceso de la República oriental del Uruguay (1989) — comparte autores con el Modelo: junto al mencionado Vescovi, Adolfo Gelsi y Luis Torello — o en el aún pendiente proyecto de Código Procesal Civil de Chile (2012). Cf. Carlos Pecchi Croce — Eleodoro Ortiz Sepúlveda, *Características del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, en “Revista de Derecho” (Universidad de Concepción, Chile) 57 (1989), 75-94; Santiago Pereira Campos, *Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo en Iberoamérica*, en “Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje”, 2 (2009), 1-39, que veo en www.riedpa.com. Críticamente se ha manifestado Alvarado cit. (n. 72), en particular pp. 23 ss.

Ahora bien, contemplado desde las coordenadas ‘garantistas’ el código-modelo cae del lado ‘autoritario’. Por una parte, deja abierta la puerta a un proceso civil nada menos que iniciado de oficio (art. 1) y, por otra, concede amplísimas facultades al juzgador para

⁽⁷⁴⁾ La mencionada “Revista” se publica, algo irregularmente, en Buenos Aires. Por lo que hace a los congresos, en esa misma ciudad se han celebrado las XXIII Jornadas del Instituto (2012): a la presencia de instituciones forenses y académicas de América Latina se ha sumado un buen número de universidades españolas (Girona, Autónoma de Madrid, Valencia, Salamanca) y alguna norteamericana (New York University) y canadiense (Osgode Hall Law School-York University).

⁽⁷⁵⁾ Como cabía esperar, fue discutido en un encuentro que auspició la Universidad de Roma (Tor Vergata) y la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos, con sede en esa capital (ASSLA). Cf. Sandro SCHIPANI-Romano VACCARELLA (cur.), *Un “Codice Tipo” di Procedura Civile per l’America Latina*. Atti del Congresso Internazionale, Roma, 26-28 settembre 1988, Padova, Cedam (Roma e America. Collana di studi giuridici latino-americani, 4), 1990.

rechazar la demanda y ocupar la fase probatoria (art. 33) ⁽⁷⁶⁾. Y, lo que es más grave, estas ideas se han hecho presentes en las últimas reformas de los viejos ordenamientos “liberales” a impulsos de un ‘sentido común’ jurídico que encadena de modo inexorable *lentitud en las causas — injusticia — juez ‘desapoderado’*: se encuentra claramente en juego la pretensión de nivelar la posición de las partes, gracias a las atribuciones concedidas a un magistrado que debe corregir las desigualdades materiales ⁽⁷⁷⁾ y que busca a toda costa (esto es: a costa de las partes mismas) la verdad material y la realización de la justicia (distributiva, cabría precisar) ⁽⁷⁸⁾. No faltan los balances poco entusiastas — las estadísticas desmentirían que

⁽⁷⁶⁾ Art. 1: “La iniciación del proceso incumbe a los interesados; el Tribunal lo hará de oficio sólo cuando la ley lo establezca expresamente. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código”. Y entre los atributos judiciales del art. 33 se incluyen “rechazar *in limine* la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido” (n. 1), pero también (n. 4) “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”, (5º) “disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”, etc. Del violento contraste, situado en los años 1980, entre la calidad científica de la moderna doctrina y los persistentes vicios de la justicia, saldado con la ‘socialización’ del proceso civil que apuesta por la presencia activa del juez (“soprattutto in materia di istruzione probatoria”) nos habla el ‘publicista’ Barbosa Moreira cit. (n. 73), pp. 30 ss.

⁽⁷⁷⁾ Y así, el flamante Código General del Proceso colombiano (ley 1564, de 2012) establece en su art. 4 que “[e]l juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, en lo que insiste ulteriormente el art. 42.2, sobre “deberes del juez”; una redacción más rotunda, sin duda, que el paso correspondiente del código-modelo (cf. art. 4: “[e]l Tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso”). Alvarado cit. (n. 67), p. 104, ha escrito sin paños calientes que “Colombia tendrá de ahora en más el código procesal civil más autoritario de América latina, coexistiendo con el código procesal penal, uno de los más libertarios del continente. ¡Extraño destino el de este país!”.

⁽⁷⁸⁾ Otra vez sirve de muestra el recién citado Código de Colombia: entre los aludidos “deberes del juez” (art. 42) figura (n. 4) el de “emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”. Años antes, entre las “Bases generales comunes para códigos latinoamericanos de Procedimiento Civil” aprobadas por el Instituto en su congreso de Bogotá-

produzca grandes resultados el nuevo procedimiento por audiencias, rodeado de preclusiones, con pocas posibilidades de impugnación y confiado al juez por entero — pero es suficiente concluir que el código-modelo ha venido a coincidir con leyes aprobadas bajo las últimas dictaduras (79).

“Na verdade, parece que os publicistas estão entrando na máquina do tempo para voltar à época do Código de Processo civil de 1939”, ha escrito hace poco un autor brasileño, refiriéndose a momentos en los que pudo afirmarse que “a função do processo não mais consiste precipuamente em restaurar os direitos individuais violados, e sim em restabelecer e assegurar, mediante a definição dos litígios, o império do direito” (80).

“Las partes”, ha escrito Chiovenda y recuerda Montero, “son los mejores jueces de su propia defensa”. El recordado *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* nació con la ayuda de exiliados eminentes que supieron dejar escuela, pero su incesante actividad y la consiguiente red latina de contactos ha prolongado hasta hoy la presencia hispano-italiana.

Ya se contaba con la influyente figura del uruguayo Eduardo Couture, admirador y amigo de Calamandrei (cf. Mario G. Losano — Oscar L. Sarlo, *Archivo privado del Dr. Eduardo J. Couture*, Montevideo, Archivo de sonido

Cartagena de Indias (1970), se consignó (n. 16) que “[e]l juez debe disponer de amplias facultades para decretar pruebas de oficio cuando las considere necesarias”.

(79) Juan MONTERO, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en Montero cit. (n. 48), 129-165, También, del mismo, *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2000, pp. 55 ss. Para el caso de Perú, cuyo (tercer) código procesal data de 1993, Eugenia Ariano, *En los abismos...* en Montero cit., 357-379, p. 360 (n. 5). Aunque preparado en régimen constitucional, el Código peruano fue promulgado por el gobierno *de facto* de Alberto Fujimori mediante decreto-ley 25940, 10 de diciembre, 1992, que introdujo en el texto de base importantes modificaciones.

(80) Fernando GAMA DE MIRANDA NETO, *Notas sobre a influência do direito material sobre a técnica processual no contencioso judicial administrativo*, en “Revista Electrónica de Direito Processual” 4 (2009), 121-153, p. 133. La frase es de Luís Machado Guimarães, a quien cita Neto tras recordar un párrafo — francamente ‘autoritario’ — de la exposición del Código referido (“[o] regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gôzo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público”).

de SONDOR, 2003), sobre lo que el mismo Mario Losano presentó una óptima ponencia (*Calamandrei e Couture. Due processualisti democratici nell'epoca della dittatura*) en el seminario “Derecho Privado y Modernización en América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX” (Buenos Aires, 4-6 de julio, 2012). También es de recordar, en Argentina, al chiovendiano Joffré (*vid.* Abelardo Levaggi, *Tomás Joffré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino*, en “Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja” 3 (2004 n. 4), 98-106). Y entre los exiliados, al caso de Niceto Alcalá-Zamora, durante décadas profesor en México (UNAM), se añade la experiencia de Enrico Tullio Liebman en São Paulo, Brasil: fenómeno creo que único en la legislación procesal comparada, el vigente *Código de processo civil* de ese país (1973), obra del discípulo Alfredo Buzaid, comienza la “exposição de motivos” con una cita (en la lengua original) de Chiovenda; conviene recordar que desde 1947 las *Istituzioni di diritto processuale civile* corrían por allí, debidamente vertidas al portugués.

Tradicional presencia, que termina por aprovechar también a la causa ‘garantista’. “Después de muchos años de silencio de estas ideas”, expresó un procesalista argentino, “el reciente acceso del... doctor Jairo Parra Quijano [Colombia]... a la presidencia del Instituto... ha posibilitado la inauguración del debate tanto tiempo demorado”⁽⁸¹⁾. Pronunciadas en 2005, ante el vigésimo sexto congreso colombiano de derecho procesal (Bogotá), esas palabras correspondían a un momento particularmente intenso de propaganda ‘revisionista’ — tanto en la Europa meridional como en América Latina⁽⁸²⁾.

Ya sabemos que el siglo XXI ha aportado a la ciencia procesal algunas circunstancias irrepetibles. El quehacer historiográfico de Cipriani en Italia, con la consiguiente puesta en cuestión del *Codice di procedura*, se sumó a la ley de enjuiciamiento civil promulgada en

⁽⁸¹⁾ Así Adolfo ALVARADO, en Luis ERNESTO VARGAS SILVA, *Una mirada constitucional al proceso civil*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana etc., 2012, p. 27 (n. 1).

⁽⁸²⁾ Conviene recordar todavía el “Instituto Panamericano de Derecho Procesal”, fundado en la Ciudad de México, 15 de noviembre, 1976. Su presidente fue el abogado y profesor mexicano Humberto Briseño Sierra, asumiendo la presidencia, tras su muerte (2002), Adolfo Alvarado, quien ha ejercido hasta el año pasado (2012). Centro muy activo, ha celebrado 24 congresos y se ha convertido en el instituto garantista por excelencia, frente al “Iberoamericano”.

España (un “momento adecuado”, a juicio de Montero ⁽⁸³⁾, “no para iniciar, pero sí para exteriorizar, la preocupación por las bases ideológicas de los cuerpos legales” según antes vimos), en una operación de política jurídica que se diría fundada en el dialogo continuo entre la historia del proceso y las modernas teorías. La concepción ‘garantista’ hizo posible explicar la reforma española y las tradicionales relaciones intelectuales con América Latina no tardaron en llevar hasta allí, gracias al mismo Montero, oportuna noticia de las novedades: el distinguido procesalista fue invitado a pronunciar la conferencia final en las XVII Jornadas del Instituto Iberoamericano (San José de Costa Rica, 2000). Y la polémica fue inevitable: el peso del código-modelo (vale decir: de la tradición ‘autoritaria’ que incorporó), al que nada debe por cierto la ley española ⁽⁸⁴⁾, llevó a una parte del público a manifestarse contra la ponencia, en tanto otro sector expresó un rendido apoyo a las ideas expuestas por Montero. Se trataba de unos cuantos procesalistas que, en respuesta a la llamada de Adolfo Alvarado, habían iniciado por esos años en la ciudad argentina de Azul (4-5 noviembre, 1999) la serie de encuentros nacionales — el último (duodécimo) se celebró el 18-19 de octubre, 2012 — de “derecho procesal garantista”.

Vinculada a esos encuentros y, sobre todo, al magisterio de Alvarado, una joven, pequeña revista — me refiero a “Garantismo Procesal” — se publica desde 2011 en Medellín (Colombia), a manera de órgano de propaganda de la maestría en Derecho Procesal que Alvarado dirige en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); títulos como *La verdad jurídica objetiva, [¿]es la única respuesta correcta? Una visión desde el garantismo procesal* (Germán Ángel Benedetti, en 2 [2011], 56-58), *La prueba en un Esquema Garantista* (William Esteban Grisales Cardona, en 3 [2012], 99-109) o *¿La inspección judicial en materia civil, como prueba extraprocesal es violatoria de derechos y garantías de las personas?* (José Mauricio Espinosa Gómez, en 5 [2012], 120-127) dan cuenta de las energías desplegadas por el movimiento ‘garantista’.

⁽⁸³⁾ Montero cit. (n. 48), p. 15. Son páginas introductorias, que doy por citadas para lo que sigue, donde este autor hace crónica de la propia experiencia y valora su papel en el debate garantista; también recuerda lo suyo Franco Cipriani cit.

⁽⁸⁴⁾ Y la ley española se ha cuidado, escribe DE LA OLIVA, cit. (n. 51), “de no instaurar ni fomentar, con el pretexto o motivo de la mayor efectividad de la tutela, ninguna clase de *justicierismo*, de sumariedad excesiva”, p. 150.

Habent sua fata libelli! La ponencia costarricense de Juan Montero se distribuyó entre los participantes al segundo congreso de Azul (3-4 de noviembre, 2000) y así llegó a las manos de Cipriani, quien había sido “especialmente invitado” al evento ⁽⁸⁵⁾; sufrió la misma suerte — como si, pensando el azar en las páginas actuales, hubiera emparejado con particular intención la teoría y la historia del proceso — un escrito de Cipriani en la “Processuale” de 1995 sobre la ordenanza austríaca de Klein, que cumplía entonces los cien años ⁽⁸⁶⁾. En una suerte de batalla textual, los orígenes ‘autoritarios’ del proceso civil desenvueltos a lo largo del siglo XX se enfrentaron durante aquel encuentro a una ley procesal ‘garantista’ que abría el siglo XXI (y que había asumido los valores ‘liberales’, con frecuencia perdidos, de los códigos del siglo XIX).

El artículo de Cipriani sobre Klein merece un par de líneas, pues constituye — si no me equivoco — la pieza historiográfica del autor con mayor proyección americana. En efecto, circuló en Azul y en traducción de Adolfo Alvarado, publicándose en una revista de Córdoba dedicada a la especialidad (cf. *En el centenario del reglamento de Klein. El proceso civil entre libertad y autoridad*, en “Revista de Derecho Procesal” [2001, n. 2], 31 ss); mientras tanto, casual y simultáneamente el Klein de Cipriani fue objeto, ahora en Lima, de otra versión al español, obra de Eugenia Ariano, para una importante revista (“Revista Jurídica del Perú”, 51 [2001], 119 ss, donde Montero y Cipriani aparecen entre los miembros del “comité consultivo internacional”). Sería tentador afirmar que los procesalistas argentinos y peruanos habían comprendido por fin, gracias al colega de Bari, la cifra ‘autoritaria’ que encerraban las leyes procesales y las doctrinas características del siglo XX: eran las mismas leyes que habían llegado hasta sus países y, sobre todo, las corrientes en que se formaron varias genera-

⁽⁸⁵⁾ Con una ponencia conclusiva, según aprendo gracias a la página electrónica del grupo (<http://congresoprocesal.azul.der.unicen.edu.ar/resena-historica-1>), sobre “La ideología procesal”. Se explica entonces que el autor, al momento de prologar *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2006, p. 3, recordase a sus lectores “che non pochi studiosi stranieri, specie quelli che vivono in ordinamenti con processi ispirati alla c.d. concezione pubblicistica, ossia con molti poteri discrezionali per il giudice e pochissime garanzie per le parti, guardano con interesse ai miei lavori”.

⁽⁸⁶⁾ Franco CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein. (Il processo civile tra libertà e autorità)*, en “Rivista di diritto processuale” 50 (1995), 969-1004. Fue “pacientemente traducido al español” por Adolfo Alvarado: CIPRIANI, *Revisionistas y negacionistas*, en Montero cit. (n. 48), p. 51.

ciones de juristas latinoamericanos. Y así la historia de Franz Klein y su célebre ordenanza procesal para el imperio austro-húngaro — también incluida en el Cipriani peruano: cf. *Batallas por la justicia civil*, 39-59 — resultó aportar los argumentos más útiles para combatir el rampante ‘decisionismo judicial’ que sigue presente en muchos países americanos.

IV. *Historia del proceso y garantías entre América y Europa.*

Quién sabe si la experiencia argentina ⁽⁸⁷⁾, en reflujo hacia Europa, contó entre las razones que llevaron a nuevos encuentros de procesalistas, celebrados ahora en España e Italia.

El primero, en rigor una jornada de estudios (Valencia, 27 de enero, 2006), no ha dejado actas: se trató de la presentación (en absoluto ceremonial) del libro *Proceso civil e ideología...* que antes referimos; eso explicaría ausencias y presencias (los italianos Cipriani y Monteleone, los argentinos Alvarado y Domínguez, la peruana Ariano, el portugués Correia de Mendonça) de cuantos formaban a esas alturas un comprometido grupo de amigos ‘garantistas’. Sobre texto elaborado por Montero se aprobó además unánimemente una moción de alto calado político ⁽⁸⁸⁾, donde se emprendía, en primer lugar, un (nada inocente) recorrido histórico-ideológico por el proceso civil de la experiencia codificada:

“el proceso es, por un lado, el instrumento único para el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por otro, el instrumento único de ejercicio del derecho de acción... Estas dos elementales consideraciones estaban muy

⁽⁸⁷⁾ Juan Montero acudió por su parte a los congresos tercero (1-2 de noviembre, 2001, donde preparó una *Declaración* garantista, enmendada y aprobada en sesión plenaria) y cuarto (31 de octubre-1 de noviembre, 2002); al morir Cipriani en 2010, el congreso previsto para ese año (fue el undécimo) se celebró, siempre en Azul (21-22 de octubre), “[e]n homenaje a Franco Cipriani”. Para las reseñas históricas de estos congresos *vid.* <http://congresoprosesal.azul.der.unicen.edu.ar/resena-historica-1>.

⁽⁸⁸⁾ Para sus circunstancias, cf. Juan MONTERO AROCA, *Prólogo a esta segunda edición*, 29-35, en Montero (coord.) cit. (n. 48); para el texto de la moción, con “explicación por lo menos conveniente” del propio Montero, cf. *El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía*, *ibid.* 433-443, con versiones al portugués y al italiano. La moción ha circulado bastante por América; sin detenerme en sus versiones electrónicas, ha sido impresa en: Alvarado cit. (n. 67), pp. 125 ss.; “Revista Boliviana de Derecho” 1 (enero 2006), 179-190; “Actualidad Jurídica” (Lima), 147 (febrero 2006), 283-286; *Lex Revista de Práctica Forense-Judicial* (Arequipa, Perú) 1 (junio 2009, n. 1), 9-15; *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 6 (2006, n. 9), 207-217.

claras en el pensamiento de la división de poderes y en su justificada desconfianza ante los poderes públicos, por lo que se buscó y encontró en la ley — ahora en las normas orgánicas y procesales — límite a los abusos en el ejercicio del poder... Siendo evidente lo anterior, la situación se alteró sustancialmente, en los años finales del siglo XIX y en los iniciales del siglo XX, como consecuencia de la crisis sufrida por las instituciones propias del Estado. Esa crisis llevó a la aparición de movimientos ideológicos de exaltación de la autoridad, en los que se acabó por considerar que era el individuo el que estaba al servicio de los fines del Estado y no al revés. Esas concepciones de alteración de las relaciones entre el Individuo y el Estado son las que estaban en la base de la llamada “publicización” del proceso civil... A pesar del abandono de las concepciones ideológicas que primaban la autoridad frente a la libertad, y a pesar de lo que se desprende sobre el sentido de la función de la jurisdicción y del proceso de los principales documentos internacionales de derechos humanos (desde la fundamental Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y hasta las correspondientes convenciones regionales) e incluso de las constituciones de los propios Estados, parte de los cultivadores del Derecho procesal siguen aún auspiciando algunas de las consecuencias de aquellas ideologías, como por ejemplo el aumento de los poderes del juez y, obviamente, la disminución de los derechos de las partes”.

Con diagnóstico semejante el cuerpo de la moción enunciaba varias tesis sobre la jurisdicción (jueces independientes, siempre terceros e imparciales, a quienes no tocaría *distribuir* la justicia) y el proceso (basado en el principio dispositivo y atento a la intervención judicial al momento de la prueba) en obligada clave garantista; en definitiva, cualquier compromiso ‘social’ que albergara el juez sería más bien competencia de los otros poderes del Estado.

“La jurisdicción no puede encontrar su justificación en fines ajenos a ella misma. La función de la jurisdicción consiste en la tutela de los derechos e intereses del individuo, y la función del juez en el caso concreto tiene que consistir en ser el garante último de esos derechos. Sólo de esta manera la jurisdicción y el juez pueden llegar a restablecer el orden jurídico... La regulación del proceso en la ley ordinaria deberá partir de la base fundamental del respeto a las garantías y principios procesales plasmados en los tratados internacionales y en la constitución respectiva. Lo que promete a los individuos esos textos no puede acabar siendo desconocido por las leyes procesales civiles... Por medio del proceso se persigue reconstruir y conocer, dentro de lo humana y legalmente posible, los hechos del pasado para que puedan ser declarados y desde ellos tuteladas las posiciones jurídicas derivadas de esos hechos. El juicio es expresión de la certeza del derecho, que esa cosa conceptual y jurídicamente muy distinta de la llamada verdad material... El principio del llamado libre

convencimiento del juez no puede tener la función de permitir la introducción de modo arbitrario e incontrolado medios de prueba no previstos por la ley”.

“Si en el siglo XX el proceso civil se ha regulado en muchos países desde la consideración de la primacía de los intereses públicos sobre los individuales”, advertía aún la moción ‘garantista’ de Valencia, “el siglo XXI debe ser el de la regulación del proceso civil como garantía de los derechos e intereses legítimos de los individuos”. Una vez más la historia del proceso entraba al servicio de la comprensión y la crítica del derecho presente ⁽⁸⁹⁾.

La jornada de Montero tuvo continuidad en un segundo, por ahora último, encuentro convocado en Bari por Cipriani (2007). La fundación de “Il giusto processo civile” por esas mismas fechas (2006) y la vocación propagandista del convocante dejaron en esta ocasión unas interesantes actas, publicadas en 2008, bajo el título *Stato di diritto e garanzie processuali*, como “Quaderno” anejo a ese joven periódico ⁽⁹⁰⁾. No faltaban en sus páginas las aportaciones de orientación historiográfica (así, Girolamo Monteleone volvió la mirada al tribunal revolucionario de Danton en aras de desvelar el signo autoritario, incluso *terroristico*, “del principio del libero convencimiento del giudice”, 21-31) pero, a esas alturas, casi dos décadas después de las *Storie di processualisti*, parece que la historia de los ‘orígenes’ ya había cumplido su función ⁽⁹¹⁾. Tal y como demostró

⁽⁸⁹⁾ Y esto parece todavía más evidente en el caso americano. En el décimo encuentro de Azul (12-14 de noviembre, 2008) se aprobó una *Declaración*, coincidente con la de Valencia, sobre la ineficacia del proceso civil (está en la segunda edición cit. [n. 48], “Anexo II” en pp. 446-454). Se partía una vez más de una narración histórica de la propia tradición procesal americana — desde las Partidas a las leyes españolas del siglo XIX — y del giro ‘autoritario’ impuesto a lo largo del siglo XX: cuestiones que el lector sabe bien documentadas gracias a las investigaciones de Fairén Guillén, Montero y Cipriani. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (“se ha promulgado en España una nueva Ley... y ella ha supuesto abrir nuevos caminos en busca de la eficacia y de la garantía”) volvía a despertar el interés por el ordenamiento procesal español en Iberoamérica, mostrándose los congresistas de Azul conformes en que “el aumento de la desconfianza y de la frustración han sido consecuencias de las ‘recetas’ publicistas que han ido aplicándose al proceso civil en las últimas décadas”.

⁽⁹⁰⁾ CIPRIANI (cur.), cit. (n. 45).

⁽⁹¹⁾ Una función esencial del conocimiento histórico también pasa por comprender los límites de las recepciones jurídicas: Federico Guillermo José DOMÍNGUEZ, *Corte*

Luis Correia de Mendonça (*Processo civil líquido e garantias. O régimen procesual experimental português*, 205-237), la pesquisa teórico-histórica del experto en derecho procesal tenía que servir para la mejor exégesis del derecho presente.

Mendonça presentaba en esas lúcidas páginas un detallado análisis del art.265-A del *Código de processo civil* portugués, según reforma emprendida por el decreto-ley de 12 de diciembre, 1995, luego alterada a su vez por el decreto-ley de 25 de octubre, 1996. Se trata del “principio de adecuación formal”, esto es, de la flexibilidad del procedimiento a criterio del juzgador, quien debe determinar qué actos procesales resultan oportunos cuando “a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa”. Se recuerda que la versión de este precepto a tenor del decreto-ley de 1995, obra de gabinete socialista, vinculada aquella facultad al acuerdo con las partes; un años más tarde, bajo un gobierno conservador, desapareció tal requisito, según el parecer de la comisión revisora que asesoraba al ejecutivo (estaba presidida por João de Matos Antunes Varela, antiguo ministro de Oliveira Salazar). Cabría entonces afirmar que “em Portugal o juiz pode quasi tudo e o contrario de tudo” (p. 221), y así se recoge en el *Regime processual civil de natureza experimental* (RPE) (decreto-ley 108/2006, de 8 de junio), cuyo art. 2 proclama que “o juiz dirige o processo”, otorgándole amplias facultades para lograr su *adequação, eficiencia e agilização*; “três boas divisas para principiar un regime processual”, precisó Mendonça (pp. 221-222), “se o legislador se tivesse preocupado, com igual intensidade, com as garantias dos cidadãos *uti singuli*”.

“Hoje, em Portugal, ninguém lê os *Patres* italianos, o que é pena” (p. 226). Apartemos en este punto tan interesante los trabajos de Correia de Mendonça (un escritor que conoce como pocos la legislación procesal del *Estado Novo*) ⁽⁹²⁾ pues nos obligarían a debatir sobre el llamado principio de *colaboração* — acaso una simple y discreta recurrencia del autoritarismo procesal heredado

Suprema de Justicia. Casación. Autoritarismo judicial en Cipriani (cur.), cit. (n. 45), 283-303, pp. 285 ss. No es infrecuente encontrar en la literatura garantista denuncias por la contradicción existente entre un proceso criminal que, fuertemente influido por los Estados Unidos, ha sido reformado según el modelo acusatorio, mientras que el proceso civil, sobre la falsa línea de la eficacia y la aceleración de las causas, suele reformarse en un sentido ‘inquisitivo: cf. ALVARADO, cit. (n. 67), pp. 85 ss.; también, Alfredo A. BAÑOL BETANCUR, *Entrevista con el Dr. Adolfo Alvarado Velloso*, en “Garantismo Procesal” 2 (2011), 29-35.

⁽⁹²⁾ Cf. *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, pref. Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, Quod juris?, 2002.

del siglo XX ⁽⁹³⁾. No se requiere, además, mayor insistencia: de la historia del proceso y sus doctrinas a la tutela judicial propia de una sociedad democrática, ha quedado demostrada la función exquisitamente *política* que puede ejercer el cultivo de la *storia del diritto* cuando se confía a las manos capaces de la *scienza giuridica*.

* * *

Constreñido el historiador del derecho entre ley y garantías, obligado a emprender análisis nada fáciles de técnica jurídica — que se añaden a su trabajo habitual en bibliotecas y archivos — si quiere mantener el diálogo que le reclaman los colegas de facultad, su reto profesional (me temo que cívico también) resultará una carga felizmente abrumadora.

⁽⁹³⁾ Y por eso quien más ha estudiado la cuestión se las ve con Mendonça: cf. Mariana França GOUVEIA, *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa. Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*, en “Julgar” 1 (2007), 47-65, con antítesis de Mendonça, *Virus autoritário e processo civil*, ibid. 67-98, donde se pone en marcha la batería de argumentos y de textos (Cipriani en particular) ‘garantistas’ y se concluye con una rendida alabanza a la Ley de Enjuiciamiento española.

PIO CARONI

QUANDO LO STORICO INCROCIA IL VIGENTISTA

1. Gli amici che hanno voluto e plasmato questo nostro splendido incontro meritano, oltre ai ringraziamenti di rito, un plauso supplementare. Per la coraggiosa determinazione, con la quale ci hanno spronati a riflettere sui rapporti che già intercorrono — o che dovrebbero intercorrere — fra storici del diritto e cultori del diritto positivo (che per comodità chiamerò vigentisti ⁽¹⁾) *in àmbiti nazionali*, dunque tendenzialmente autonomi, perciò non necessariamente comunicanti. In un'epoca, nella quale si discorre con bella disinvoltura non più solo di “europeizzazione della scuola storica”, ma persino di una sua *globalizzazione* ⁽²⁾, questa prudenza è un regalo celeste. Aderisco volentieri a questa sollecitazione, dirò dapprima qualcosa del contesto svizzero, nel quale tale rapporto si istaurò e crebbe finora; poi su quanto, prescindendo da questo contesto, continuo a ritenere auspicabile, comunque senza troppe speranze.

2. Per più di trent'anni ho insegnato storia del diritto e diritto privato vigente. L'ho fatto in sequela ad una tradizione tuttora rispettata in area germanofona (ad eccezione dell'Austria). Se questo *abbinamento* sia stato latore di un messaggio preciso, è difficile dire. Ha comunque una sua storia, ovviamente complessa, che non posso riassumere qui. A qualcuno certamente piacque, visto che permet-

(1) Sarà magari un neologismo poco elegante, persino bislacco, ma in compenso pregnante ed univoco.

(2) Vedi il rinvio alle opere del teorico americano Duncan Kennedy in S. MEDER, *Auslegung als Kunst bei Savigny*, in G. Gabriel/R. Gröschner (a cura di), *Subsumption. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, Tübingen 2012, p. 149-177, i rinvii alle pp. 149-150, 175.

teva di risparmiare soldi. Con i tempi che corrono, non è poco. Altri lo apprezzarono, poiché lo ritennero una risposta implicitamente positiva alla faticosa domanda: la storia serve al giurista? Chi ne era convinto, l'avrà dunque condiviso. Ma spesso fu più tollerato che consapevolmente voluto, già perché risultava convalidato dalla tradizione. Per quanto mi riguarda, mi accontento di ricordare che, nel contesto svizzero, questa tradizione tiene tuttora conto *anche* di altre esigenze. Quali?

Quelle di un paese che all'inizio dell'era moderna si era opposto al dilagare della scienza giuridica e lo aveva fatto secondo la propria vocazione repubblicana, desiderando cioè mantenere un controllo immediato anche sulla gestione del contenzioso civile e penale. Tutto doveva rimanere di ragione popolare; e lo rimase davvero fino a Ottocento inoltrato. Ossia: per secoli si fece tendenzialmente a meno di avvocati, notai, giudici togati, procedure scritte, quindi di 'sapienzialità' ⁽³⁾. Durante l'Ottocento le cose cambiarono, ma non molto. Restò, in ultima istanza, il controllo popolare, proprio anche nell'ambito della legislazione. Poiché man mano che la competenza legislativa passava dai Cantoni alla Confederazione si introdusse il controllo popolare tramite *referendum* ⁽⁴⁾. Da taluni paragonato all'angelo sterminatore ⁽⁵⁾, da altri considerato un vero flagello ⁽⁶⁾, il *referendum* pendeva in continuità sul legislatore, come una temibile

⁽³⁾ P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia. A che punto siamo?*, in AA. Vv., *Europa e Italia*. Studi in onore di Giorgio Chittolini, Firenze 2011, p. 55-79.

⁽⁴⁾ P. CARONI, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt a.M. 1986, p. 48 ss. La specularità fra l'unificazione territoriale del diritto privato e la dilatazione del controllo democratico risulta con bella evidenza da un rapporto commissionale del 1865, citato letteralmente *ivi*, p. 49, nota 150.

⁽⁵⁾ Di *Würgengel* ha parlato, in riferimento alla realtà elvetica, J. KOHLER, *Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, in "Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht" 5, 1912-1913, p. 1-43, la citazione a p. 43. Citazione ripresa anche da F. WARTENWEILER, *Eugen Huber. Der Lehrer, Gesetzgeber, Mensch*, Zürich/Leipzig 1932, p. 155.

⁽⁶⁾ "Daher kommt es auch, dass unsere gesetzgeberische Arbeit eine sehr mühsame und langsame bleiben wird. Die Plage des eidgenössischen Referendums schützt uns vor einer Gefahr, die viel grösser wäre als diese Plage und verlangt eben deshalb von uns auch das feste Vertrauen, dass dieses Suchen und Vermitteln uns schliesslich das Richtige bringen wird": così ragionò Eugen Huber in un suo editoriale sulla *Neue Zürcher Zeitung* del 9 gennaio 1877, edizione pomeridiana (*zweites Blatt*), n. 13

spada di Damocle. Gli consigliava moderazione, gli suggeriva di rinunciare a formulare proposte temerarie, lo induceva a cercare il consenso preventivo del destinatario della proposta legislativa, per dissuaderlo così dal ricorrervi (7). E per convincerlo, perché non ricorrere alla storia? Perché non mostrare che in fondo anche tutte le regole ‘nuove’ di un codice, quelle più audaci comprese, lo erano solo in apparenza, dato che a ben vedere tanto o poco allignavano tutte nella tradizione?

In quest’ottica, caratterizzata dall’incombenza della minaccia referendaria, diventò dunque auspicabile un *uso pubblico* della storia (8). Ma non uno qualunque, men che meno uno critico (9);

(frammento citato anche da A. WELTI, *Eugen Huber als politischer Journalist*, Frauenfeld/Leipzig 1932, p. 35).

(7) Vi accenna molto onestamente Peter Conradin v. Planta, redattore del Codice civile del Canton Grigioni (1862); nella sua premessa all’edizione commentata del codice ne giustificò la moderazione proprio ricordando l’alea della votazione popolare: « ...wollte man daher sich der Zustimmung des Volkes versichern, so war man genöthigt, jeden zu schroffen Bruch mit dem Bestehenden zu vermeiden » (P.C.V. PLANTA, *Bündnerisches Zivilgesetzbuch*. Mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors, Chur 1863, p. XIII).

(8) Argomento sul quale anche fuori d’Italia si è recentemente ragionato in modo stimolante. Vedi ad es. T. E. FISCHER, *Geschichte der Geschichtskultur: über den öffentlichen Gebrauch von Vergangenheit von den antiken Hochkulturen bis zur Gegenwart*, Köln 2000; G. GLEBA (a cura di), *Instrumentalisierung von Historiographie im Mittelalter*, Berlin 2000; G. DUFAUD/H. MAZUREL/N. OFFENSTADT, *Les mots de l’historien*, Toulouse 2005; N. OFFENSTADT, *L’historiographie*, Paris 2011.

(9) L’uso pubblico della storia è una prassi problematica e difficile, poiché mette a dura prova la sensibilità critica e l’oggettività di chi vi fa ricorso. Che spesso soccombe alla tentazione diabolica di enfatizzare quanto serve e dimenticare le verità meno utili o piacevoli. Cito a conferma di questo fatto il recentissimo doppio intervento pubblico di due membri del Governo svizzero. Il primo (Ueli Maurer) ricordò nel suo messaggio del 27 gennaio 2013 per il Memoriale della Schoah: « Die Schweiz war in jener dunklen Epoche des europäischen Kontinents dank dem Einsatz einer ganzen Generation mutiger Frauen und Männer ein Land der Freiheit und des Rechts geblieben. Unser Volk hat damals trotz immensem Druck des Auslandes die Kraft gefunden, den eigenen, unabhängigen Weg fortzusetzen. So wurde die Schweiz für viele Bedrohte und Verfolgte zur rettenden Insel ». La seconda (Simonetta Sommaruga) intervenendo qualche giorno dopo al 5. Simposio svizzero sull’asilo (31 gennaio 2013) corresse tanto clamorosamente quanto salutarmente il tiro: « Wie wertvoll dieser Kern (*scil.* unseres Asylwesens) für uns selbst ist, wird immer dann deutlich, wenn wir uns das Gegenteil vorstellen: nämlich, dass wir Flüchtlinge an der Grenze einfach abweisen würden. Wir wissen alle, dass auch das in der Geschichte unseres Landes vorgekommen ist. Menschen wurden im 2.

solo quello idoneo a calmare i timori dei pavidi, che in un contesto repubblicano rappresentano spesso una maggioranza conservatrice ⁽¹⁰⁾. Non escludo perciò che l'abbinamento sotteso alla mia cattedra sia stato ovvero voluto ovvero visto di buon occhio proprio anche per questo motivo specifico: poiché sembrava garantire un'ossimoro rassicurante fra passato e presente, e dunque favorire un insegnamento del diritto vigente nel segno della continuità. A condizione però, che il titolare della cattedra si allineasse, fosse cioè d'accordo con tale impostazione e vi si applicasse con impegno. Che quindi corrispondesse *correttamente* all'indubbia sollecitazione che il sistema referendario sembrava esercitare anche su di lui.

3. Spero di non deragliare se inserisco qui un brevissimo *excursus* per sottolineare che proprio questo singolare approccio 'presapienziale', laico, diretto, al contenzioso giuridico; questa pratica non ancora separata, isolata, "ausdifferenziert", che né schernisco né celebro, ma che da storico mi trovo davanti e cerco di capire, propiziarono comunque un secolo fa la nascita di un codice 'moderno'. Moderno già perché non congelato ⁽¹¹⁾, non bloccato dagli schemi, dagli involucri, dai filtri delle purificazioni pandettistiche. Un codice capace di offrire risposte incisive con un linguaggio concreto, per non dire popolare. Cito qualche esempio, peraltro noto, per non essere frainteso. Pensiamo dunque, parlandone,

— alla naturalezza, quasi all'ovvietà, con le quali confessò subito di essere lacunoso;

— all'apertura altrettanto ovvia al sociale, ossia all'ambizione di

Weltkrieg an der Landesgrenze abgewiesen und somit in den sicheren Tod zurückgeschickt. Der Bundesrat hat sich in den 90er Jahren offiziell dafür entschuldigt — im Wissen darum, dass ein solches Versagen letztlich unentschuldigbar ist ».

⁽¹⁰⁾ La forza politicamente frenante, persino 'paralizzante', perciò conservatrice, di taluni istituti destinati a promuovere la partecipazione democratica, massime del *referendum*, è notoria e sufficientemente documentata: vedi ad es. F. FLEINER, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, p. 151, 239, 440; D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich 1932, p. 145-146; P. CARONI, *Rechtseinheit*, cit., p. 88-89; ID., "Privatrecht": *Eine sozialhistorische Einführung*, 2. Auflage, Basel/Frankfurt 1999, p. 130-131.

⁽¹¹⁾ Usa spesso questo termine, anche se parzialmente con diversa accentuazione, A. FOGLIA, *Quale didattica per quale diritto? Una proposta tra teoria generale e didattica del diritto*, Bellinzona 2003, ad es. p. 74, 110, 135.

formulare un diritto privato non del tutto indifferente agli esiti dell'antagonismo sociale;

— alla libertà spesso conferita al giudice di apprezzare liberamente, facendo capo anche a fatti e valori esterni all'area giuridica;

— o per finire a quella norma che — silente la legge come la consuetudine — assegnò al giudice il ruolo di legislatore. Una novità ardita, apparentemente rivoluzionaria, rivendicata quale conquista moderna da Géný come dai giusliberisti, ma che da noi appunto era cresciuta su un'esperienza locale, nella quale il legislatore vide proprio solo lo sbocco naturale, quasi ovvio, di un itinerario seguito da tempo ⁽¹²⁾.

4. Se dunque l'abbinamento mira a consolidare una continuità utile anche alla stabilità del sistema politico, il dialogo fra lo storico ed il vigentista sarà presumibilmente sereno ⁽¹³⁾. Nel senso che lo storico non interferirà nei ragionamenti del vigentista ma, ad analisi ultimata, li confermerà. Il vigentista in compenso vedrà nello storico un interlocutore comunque utile, poiché latore di conferme. Lo prenderà perciò sul serio, si batterà per garantirsi i servizi, per conservarne la cattedra, perché dunque l'insegnamento accademico della disciplina non venga irresponsabilmente ridimensionato o, peggio ancora, soppresso.

Ma affinché tutto ciò si avveri, proprio come esige il sistema e come spera il vigentista, è necessario che lo storico si attenga ad una massima chiara e tassativa: può rievocare *solo* quel passato che serve allo scopo, quello nel quale il vigentista può serenamente rispecchiarsi senza paura di perdersi. Un passato fatto di cose familiari,

⁽¹²⁾ Ho tentato di dimostrarlo in *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in "Quaderni fiorentini" 40, 2011, p. 265-302, specialmente 287 ss. Ha aderito invece anche su questo tema all'opinione corrente P. PICHONNAZ, *Le centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code*, in "Rivista di diritto svizzero" 130, 2011, II, p. 117-226, 205.

⁽¹³⁾ È quasi superfluo ricordare l'intento primario di queste righe, quello di ragionare concretamente su un dialogo fra protagonisti diversi di una vicenda comune. Ben altro, e comunque meno schematico, sarebbe l'approccio, se intendessi esaminare *ex professo* l'utilità della 'digressione' temporale per la scienza giuridica. Partirei allora da premesse più impegnative (quelle ad esempio, dalle quali mosse G. DILCHER, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemässen Zivilrechtswissenschaft*, in "Archiv für die civilistische Praxis" 184, 1984, p. 247-288), ed anche l'andatura sarebbe diversa.

popolato perciò di precursori, dispensatore di prefigurazioni e anefatti, dal quale viene preliminarmente rimosso tutto quanto potrebbe disturbare o comunque non serve, poiché non anticipa nulla. Ne nascono quelle storie addomesticate (se non proprio truccate), che tutti conosciamo. Elaborate in sequela ad un approccio longitudinale-diacronico, grazie alla radicale decontestualizzazione dei dati normativi. Il che permette prima di depurarli, poi di allinearli nel tempo, per farne risplendere la costanza. Queste sono le premesse di quella continuità dogmatica, della quale sembra tuttora impregnata la storia del diritto privato ⁽¹⁴⁾. Grazie alla quale amiamo ad esempio affermare che la proprietà ed il contratto odierni vantano una storia bimillenaria. Di questa sontuosa perennità si nutre l'autoreferenzialità di tanta civilistica moderna, da essa muove quella linea, che fu giustamente ritenuta una deriva giuspositivistica ⁽¹⁵⁾.

Se queste storie mi spiacciono, per un motivo semplice e spero anche condivisibile: perché chi le racconta (e se ne lascia volentieri ammaliare) si accontenta di parole, e meglio ancora dei suoni prodotti da chi le pronuncia. Suoni rimasti spesso davvero intatti. Un continuità *omofonica*, dunque; troppo poco, penso, per farne la chiave di volta dell'impianto giusprivatistico ⁽¹⁶⁾.

5. Per uno storico non disposto a fornire questo servizio, poiché non tollera di venir condizionato dal desiderio del vigentista di ottenere sempre e solo conferme, il dialogo diventa difficile. Massime se vede nella *storicità del diritto*, rispettivamente di una sua regola, *non* una costanza dogmatica, *non* la reiterazione dello stesso, intatto messaggio lungo i secoli, *ma* la dipendenza (anche) del diritto

⁽¹⁴⁾ Recenti attestazioni elvetiche di questo orientamento si leggono ad es. in B. WINIGER, Articolo *Römisches Recht*, in *Historisches Lexikon der Schweiz*, volume 10, Basel 2010, p. 429-430; P. PICHONNAZ, *Die Schweiz und das römische Recht. Ein Bild in groben Zügen*, in I. Fargnoli/S. Rebenich (a cura di), *Das Vermächtnis der Römer. Römisches Recht und Europa*, Bern/Stuttgart/Wien 2012, p. 21-46.

⁽¹⁵⁾ Ad es. da F. MACARIO, "Recuperare l'invisibile". Una riflessione sulla storicità del diritto civile, in "Rivista di diritto civile" LVII, 2011, p. 195-229, specialmente 200, 209, 228-229.

⁽¹⁶⁾ P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009, p. 193 ss.

da tutto quanto concretamente lo circonda e quindi lo condiziona, se vogliamo dal contesto. Una dipendenza (che altri preferiscono chiamare mobilità, duttilità, elasticità⁽¹⁷⁾), come viene mostrata da uno *spaccato sincronico*: il quale evidenzia collegamenti ed intrecci dei dati normativi con tutte le altre forze che agitano il sociale e svela a tal modo sia il posto preciso che il diritto occupa nella società, sia il suo impatto reale. Ma chi tien conto di tutto questo fatica poi a riconoscersi nella continuità. Può ben darsi che l'unica, nella quale davvero si imbatte, sia quella — indesiderata ma stabile — dell'antagonismo sociale.

Frutto di questo modo *altro* di rapportarsi al tempo, il messaggio dello storico raggiunge allora il vigentista nel momento in cui sta ragionando sul significato del diritto vigente, in vista di applicarlo. E lo esorta ad una lettura meno timorosa, più ricca e complessa, che coinvolga e valorizzi anche momenti, fatti, situazioni, valori extra-giuridici. Lo invita a rendersi conto del viaggio già compiuto dalla norma, del fatto che questa gli vien recapitata non indenne, ma mutila e corrotta, comunque sempre trasformata. Lo incoraggia a recuperare cose perse⁽¹⁸⁾. Fa dunque appello alla disponibilità del vigentista ad allargare il novero dei criteri interpretativi, ad accettare benevolmente anche informazioni ufficiose, non necessariamente gestite o preselezionate dal giurista di corte.

Ma si sa che a tal modo il dialogo con il vigentista diventa spesso una spericolata acrobazia. Questi guarda allo storico con diffidenza, vede che gli spariglia le carte, gli complica il lavoro, gli allunga la strada, esortandolo a percorrere quell'*Umweg* (deviazione), la cui necessità non vede⁽¹⁹⁾. Ne respinge perciò spesso le sollecitazioni, le ritiene inutili, e il colloquio si insabbia. Ne nasce un'irritazione, marcata da posizioni difficilmente conciliabili:

il vigentista fa capo alla storia quando gli serve, in caso contrario la ignora. Come del resto confermano recenti ricerche sull'impatto

(17) Vedi ad es. P. GROSSI, *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti*, in "Index" 39, 2011, p. 31-39.

(18) P. CARONI, *Solitudine*, cit., p. 68, 77 ss., 83, 142, 201 ss., 209, 233.

(19) P. CARONI, *Nutzlos, nützlich, notwendig. Welches Prädikat für das 'problematische' Lehrfach?*, in "Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte" 29, 2007, p. 131-140, specialmente 136-137.

dei primi due volumi dello *Historisch-Kritisches Kommentar zum BGB* sui vigenzisti: impatto, sembra, sostanzialmente nullo ⁽²⁰⁾. Per lo storico invece, che vede nella storicità la *dipendenza da*, il ricorso alla storia, ai messaggi che ci trasmette e che possono essere belli o brutti, noiosi o stimolanti, di approvazione o di dissenso, *non è facoltativo*, aggiuntivo, ornamentale, ma inevitabile, *quindi necessario*. Perché la storicità — così come l'ho definita — è *inerente* all'esperienza giuridica. Non c'è più spazio per valutarne l'utilità o l'opportunità. Proprio come non c'è spazio per discutere se è bene che dopo la domenica venga il lunedì, dopo l'estate l'autunno.

Resta purtroppo l'interrogativo finora inevaso: come convincere i vigenzisti della ineluttabilità di questo 'altro' (perché più scomodo e meno rassicurante) approccio? Come moderare le loro certezze? Ma potrei, forse dovrei, anche dire: come vincere quel *positivismo*, al quale queste loro certezze si richiamano e dal quale vengono rafforzate? Forse con belle, suggestive parole? Oppure mostrando i limiti teorici di questo approccio, denunciandone i pericoli, misurandone i danni? Tentando di capire a chi serve e chi lo nutre di nascosto? Ma in fondo (quasi) tutto questo è già stato fatto, persino magistralmente. Rimane perciò il dubbio, che tutto questo non basti, che ci voglia ben altro. Un dubbio magari rafforzato dalla frase conclusiva di quella combattiva silloge, nella quale Paolo Grossi anni fa raccolse le sue ricerche sull'assolutismo giuridico. Avevano analizzato, uno dopo l'altro, i numerosi tentativi di combattere, spodestare, addomesticare il positivismo giuridico. Tentativi purtroppo rimasti tali, poiché del positivismo giuridico "malgrado il trascorrere del tempo, siamo ancora le vittime" ⁽²¹⁾. Come mi capita spesso, lascio anche stavolta il lettore con qualche certezza in meno e qualche punto interrogativo in più. Non è forse il modo più elegante per premiarne la fedeltà. Me ne rendo conto e chiedo scusa.

⁽²⁰⁾ In questo senso S. MEIER, *Historisch-kritisches Kommentieren am Beispiel des HKK*, in "Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" 19, 2011, p. 537-546, specialmente 543-544; M. VEC, *Flaggschiffe und Stiefkinder. Rechtsgeschichte als historische Kommentierung des geltenden Rechts*, *ibidem* p. 547-563, spec. 561-562.

⁽²¹⁾ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, p. 469.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

QUALE *SCIENTIA JURIS* PER LA STORIA DEL DIRITTO?

A tutti i giuristi è familiare la distinzione fra diritto e scienza del diritto. Questa dicotomia è fondamentale per i positivisti, che oppongono le regole che sono ovvero che furono in vigore — le quali soltanto possono ai loro occhi costituire il diritto — e le opinioni dei docenti, senza autorità vincolante, la cui elaborazione intellettuale può essere considerata come la scienza del diritto e concepita attraverso una metodologia scientifica. Anche i sostenitori del giusnaturalismo ammettono che la scienza dei giuristi — la quale è capace, secondo la loro concezione del diritto naturale, di scoprire i principi della giustizia — è diversa dal diritto positivo. Gli storici del diritto hanno usato e usano abitualmente questa differenziazione, utilizzando un vocabolo diverso nelle lingue nazionali — *doctrine*, *Lehre*, *jurisprudence* — o una formulazione più innovativa, come quella di pensiero giuridico ⁽¹⁾.

Ci si può, nondimeno, sorprendere del relativo disinteresse degli storici del diritto per i dibattiti tra teorici, che si sono moltiplicati durante la seconda metà del Novecento. Senza dubbio, la cosiddetta disciplina universitaria “storia del diritto” fu creata e si sviluppò, nella maggioranza dei paesi, inclusi quelli di *common law*, sull’onda della Scuola storica e degli insegnamenti di Savigny. Secondo i postulati teoretici di Savigny, la storia del diritto era concepita come uno studio quasi filologico dei fatti storici, gli stessi fatti essendo costituiti da testi normativi o dottrinali, il cui vero significato doveva essere scoperto per avere accesso al “puro” diritto, cioè il diritto

⁽¹⁾ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (ed. or. 1961), Giappichelli, Torino, 1996, p. 129 e ss.; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, in particolare pp.101-126.

romano classico. Questo vero senso era stato capito solamente da una parte della scienza passata del diritto e gli storici dovevano rigettare, come scorie, le (più o meno antiche) interpretazioni devianti. Il diritto era pensato, nella sua essenza, come una sedimentazione di strati depositatisi nel tempo, nei quali lo scienziato archeologo faceva la selezione dei testi e delle giuste interpretazioni che permettevano di comprendere il diritto attuale. Questa storia del diritto era la vera e sola scienza del diritto (2). La cosiddetta scienza del diritto dei secoli passati era, al meglio, una prefigurazione della scienza storica contemporanea (nel senso della *Dogmengeschichte*), ovvero, al peggio, un'accumulazione di errori. Senza ignorare la distinzione fra diritto e scienza del diritto, la Scuola tedesca del diritto e i suoi epigoni dimenticano il loro punto di partenza, che sembra positivisticò, per adottare un atteggiamento tipico del giunaturalismo che considerava in modo diverso le buone e le false dottrine del passato. Era infine una concezione evoluzionista, ma non necessariamente progressista (con l'idea di periodi di declino per il diritto), della storia del diritto e della storia delle dottrine giuridiche. Ammiratore dei grandi giureconsulti romani, e della loro metodologia, Savigny era anche il propagandista di una scienza storica con un carattere dogmatico e prescrittivo.

Pur in assenza di un'esplicita ammissione da parte degli storici del diritto, o almeno della maggioranza tra loro, quest'ambizione della Scuola storica del diritto è stata attaccata da tutte le parti per essere poi completamente demolita durante il Novecento dai teorici del diritto che ricercano una rifondazione della scienza del diritto (3). Dapprima la critica di Marx contro la dottrina conservatrice di Savigny, la denuncia delle ideologie, poi la 'scuola del sospetto' hanno più in generale incrinato la credenza in una scienza neutra che si sarebbe costruita nell'arco dei secoli mediante la selezione naturale delle buone interpretazioni dei testi giuridici o attraverso una storia della genesi dei concetti (che sono sempre sostituiti dai nuovi

(2) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. ital. di U. SANTARELLI e S. A. FUSCO, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 53-78; A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, coll. "Léviathan", 1991, p. 183.

(3) J.-L. HALPÉRIN, "Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignienne", *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, n. 1, pp. 101-116.

concetti e non si trasformano, conservando la loro essenza). Minacciando tutte le concezioni positiviste della scienza, quest'attacco è stato parzialmente attenuato, specialmente grazie alla metodologia proposta da Max Weber, con l'accettazione, nell'epistemologia delle scienze umane, della dipendenza del ricercatore (pur in uno sguardo che si vuole libero dai giudizi di valore) rispetto al punto di vista dell'osservatore. Però molti giuristi, e particolarmente tra gli storici del diritto, hanno continuato a credere nel vero senso dei testi e nell'immutabilità dei valori di giustizia o di bene comune sotto l'influenza persistente delle teorie del diritto naturale. Conseguentemente, gli storici del diritto hanno percepito meno degli studiosi delle altre discipline il discredito di un discorso che esaltava la comprensione dello "spirito delle leggi" attraverso una scienza oggettiva che sarebbe capace di penetrare il messaggio di ciascuna esperienza storica. Il ritardo della nostra disciplina nello studio della storiografia della storia del diritto, ed il suo lungo inserimento in prospettive nazionaliste, attesta il persistente rifiuto di storicizzare la scienza degli storici del diritto.

La rivoluzione ermeneutica, che ha messo fine alla credenza nel senso univoco dei testi ⁽⁴⁾, ha reso gli storici del diritto ancora più insensibili o sordi, mentre la pratica delle diverse versioni dei manoscritti medievali avrebbe dovuto ispirare una sensibilità alle molteplici variazioni che può suggerire uno stesso testo secondo l'analisi di Gadamer (specialmente la discussione della sua divergenza parziale rispetto ad Emilio Betti) ⁽⁵⁾. Infine, durante gli stessi decenni, il successo del pensiero kelseniano — spesso una riduzione della ricca opera di Kelsen, sviluppatasi in diverse fasi, e meno indifferente verso la storia di quanto si creda — ha diffuso l'idea di una totale separazione tra il dover essere (*Sollen*) e l'essere (*Sein*), un'idea che sembra rendere ancora più difficile il mestiere dello storico del diritto ⁽⁶⁾: le norme giuridiche, perché non sono "cau-

⁽⁴⁾ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 3^a ed., 2011, pp. 543-572.

⁽⁵⁾ H.-G. GADAMER, *Vérité et Méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* (trad. fr. par É. SACRE et P. RICOEUR), Paris, Seuil, 1976, p. 168.

⁽⁶⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^a ed., trad. fr. C. EISENMANN, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999, pp. 12-18.

sate” da fatti anteriori al comando, paiono essere senza storia (almeno al di fuori dell’ordine giuridico e della norma abilitante) e, d’altra parte, le opinioni dei giuristi rischiano di essere bollate come ideologie se esse non corrispondono alle esigenze (puramente descrittive per le proposizioni del diritto) della teoria pura del diritto (benché Kelsen abbia conferito una funzione produttiva agli errori o alle finzioni della dottrina passata) (7).

Oggi, gli storici del diritto possono essere disorientati di fronte alle concezioni della scienza del diritto, che sono difese dai teorici del diritto come “scientifiche” e “ammissibili”, tanta è la discrepanza tra queste concezioni di proposizioni descrittive e le forme storiche della *scientia juris*. Essendo la nostra indagine limitata, da un punto di vista positivista e soggettivo, tre correnti ci sembrano dominare la riflessione contemporanea sui rapporti tra diritto e scienza del diritto. Una prima corrente, qualificata come “espressiva” da Alchourron e Bulygin (8), alla quale si possono ascrivere le opere di Hart, Ross, Raz e di molti teorici americani, italiani o spagnoli (e, in parte, di Kelsen (9)), considera le opinioni dei giuristi, anziché come norme giuridiche, come discorsi, insiemi di proposizioni o di atti linguistici. Il destinatario o il ricettore di un tale discorso può, anche in presenza della stessa associazione di parole, distinguere i comandi — il cui carattere imperativo può essere inferito in funzione dell’autore del discorso — e le proposizioni di diritto che sono solamente opinioni senza autorità. Se la comprensione di un discorso giuridico ed espressivo è oggi possibile, la ragione è che a voce, il ricettore percepisce il tono — imperativo, ipotetico o descrittivo — della frase enunciata, e per iscritto il lettore è capace di indovinare l’autore e l’autorità del testo. Per esempio, la frase usa lo stile indiretto, comprende un titolo espresso o indica il suo autore. Sono possibili delle ambiguità: gli articoli di alcuni codici usano lo stile indicativo e possono essere capiti, fuori del loro contesto, come

(7) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^a ed., trad. fr. H. THÉVENAZ, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, pp. 102-120.

(8) C. ALCHOURRON, E. BULYGIN, “La Concepcion expresiva de las normas”, in C. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 122-128.

(9) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^a ed., trad. fr. C. EISENMANN, *cit.*, pp. 78-79.

proposizioni descrittive della scienza del diritto — cioè, “tutti i beni sono mobili o immobili” —, ma abbiamo generalmente la capacità di determinare, con il contesto, se il testo sia un prodotto del legislatore o una opinione di un giurista.

Di fronte a quest’analisi “espressiva” degli enunciati giuridici, lo storico del diritto si ritrova disarmato per comprendere molti testi dei periodi più risalenti: questi testi ci sono stati trasmessi in maniera sparsa, talvolta in forma di estratti, senza titolo o nome di autore, con molte difficoltà per decidere se si tratta di un testo legislativo o dell’opinione (senza autorità) di un autore individuale o collettivo. Per esempio, non sappiamo, almeno a prima vista, se il testo in sanscrito che gli Occidentali hanno chiamato “leggi di Manu” sia un testo legislativo o un trattato redatto da bramani ⁽¹⁰⁾, se il cosiddetto “codice” di Hammurabi sia una legge positiva o un testo programmatico ⁽¹¹⁾ (la stessa riflessione vale per le leggi di Solone o la legge salica), se la *Mishnah* ebraica sia un codice o un libro per l’insegnamento ⁽¹²⁾. Senza parlare dei testi che si sospetta essere falsificazioni, la storia del diritto suscita una riflessione sulle fonti del diritto, la cui autorità è variabile secondo i periodi e i contesti: è l’esempio, ben conosciuto, dei *responsa* di giureconsulti romani, la cui autorità è cambiata fra la redazione del testo, il riconoscimento del *jus respondendi* e infine la trasposizione in una legge attraverso il Digesto.

Un’altra strada per concepire la scienza del diritto è quella che Alchourron e Bulygin chiamano la concezione “hyletica” delle norme. Si tratta qui di mettere in relazione tre livelli di frasi giuridiche: le decisioni normative (come le leggi), il loro significato (le norme come entità ideali) e le proposizioni giuridiche (che, per essere valide, devono corrispondere alle decisioni normative). Questo modo di comprendere la scienza giuridica presuppone che le proposizioni della dottrina partecipano alla costruzione dell’oggetto norma-

⁽¹⁰⁾ D. IBBETSON, “Sir William Jones as Comparative Lawyer”, in A. MURRAY (ed.), *Sir William Jones 1746-1794: A Commemoration*, Clark NJ, The Law-Book Exchange, 2004, pp. 13-28.

⁽¹¹⁾ M. T. ROTH, “The Law Collection of King Hammurabi”, in E. LEVY, *La Codification des Lois dans l’Antiquité*, Paris, De Boocard, 2000, pp. 9-31.

⁽¹²⁾ A. J. AVERY-PECK, J. NEUSNER, *The Mishnah in contemporary Perspective*, Leiden-Boston-Köln, Brill, 2002, vol. I, p. 4.

tivo e all'ordinamento delle norme. Le prime fasi del pensiero di Kelsen furono, sotto l'influenza della filosofia kantiana, vicine a una tale concezione: nella traduzione in francese (del 1953) della prima edizione della *Teoria pura del diritto*, Kelsen considerò che le norme hanno bisogno di essere "riconosciute" dalla scienza del diritto per esistere come significati di talune decisioni⁽¹³⁾. La scienza del diritto non si accontenta di descrivere norme preesistenti, ma crea, con alcune limitazioni, le norme e il loro ordinamento.

Se è vero che la storia del diritto conosce situazioni storiche in cui si trovano solamente, come fonti, le costruzioni della scienza del diritto, a partire da quelle cerchiamo di ricostruire una decisione normativa e il suo significato. È l'esempio, ben conosciuto, della Legge delle dodici tavole, la quale non è ci è nota grazie a una iscrizione epigrafica o una riproduzione letterale e integrale. Oggi, la maggioranza dei romanisti considera che non si possa mettere in dubbio l'esistenza o la datazione (tra il quinto e il terzo secolo avanti Cristo) dei frammenti — o dei significati delle norme — trasmessi dalle testimonianze concordi di più di trecento testi (la maggior parte dei quali proviene da giuristi). L'ipotesi di un falso avrebbe provocato una reazione da parte di alcuni giuristi — particolarmente nelle liti — la cui traccia sarebbe stata conservata. Al peggio, si può credere che alcune disposizioni più tardive siano state aggiunte alla legge da un consenso dei giuristi del periodo medio repubblicano⁽¹⁴⁾. Nella concezione "iletica", questa situazione non è illogica. I problemi rimangono, tuttavia, numerosi per la storia del diritto, in assenza dei modi di "verificazione" della "concordanza" tra proposizioni della scienza del diritto e decisioni normative, tutte le volte che non abbiamo dei testi ai due livelli per ricostruire la norma ideale. Di nuovo, si pone la questione di interpretazioni devianti o di mitologie sviluppate da giuristi che sarebbero senza relazione con le "reali" decisioni normative. In molte situazioni storiche, non c'è un consenso dei giuristi del passato per preferire un'interpretazione

(13) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^a ed., trad. fr. H. THÉVENAZ, *cit.*, p. 53-54.

(14) M. HUMBERT, "La codificazione decenvirale: tentativo d'interpretazione", in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, IUSS Press, 2005, p. 13-50.

oppure ci sono dubbi sulla veridicità delle rappresentazioni dei giuristi.

Un terzo procedimento per comprendere la scienza del diritto, considerato più prossimo alla sociologia del diritto, si è sviluppato sotto l'influenza delle opere di Michel Foucault, Pierre Bourdieu e Bruno Latour ⁽¹⁵⁾. Nella loro prospettiva, la scienza giuridica è concepita come una pratica, un'attività sociale che ha costruito, a partire da discorsi e idee, il suo proprio mondo e la sua propria verità, in maniera relativamente indipendente rispetto alla legge e alle altre fonti del diritto. L'accento è messo sugli attori, i professionisti del diritto, con la loro formazione, la loro cultura, le loro posizioni politiche, le loro reti sociali o i metodi che utilizzano per raggiungere i loro scopi. Si tratta di studiare ciò che gli autori di scritti in relazione con il diritto hanno voluto fare, in termini di influenza politica e sociale, piuttosto che cercare ciò che ci fanno sapere sul diritto. Gli studiosi del diritto elaborano la loro scienza, o la loro arte, per affermare, difendere e rafforzare il loro posto nel campo giuridico, un campo di rivalità e di lotte per il potere, il dominio del sapere essendo una forma suprema di potere.

Gli storici del diritto, che hanno a lungo tentato di far dialogare le dottrine giuridiche in senso diacronico, sono stati meno familiarizzati con queste nuove concezioni che hanno trionfato nella storia delle idee con Skinner ⁽¹⁶⁾. Certamente, essi hanno potuto volgersi all'analisi sociologica delle dottrine giuridiche, rilevando per esempio l'impatto del provincialismo dei giuristi romani durante l'Impero ovvero le relazioni dei glossatori e dei commentatori con la pratica giudiziaria e politica del loro tempo.

Il rischio che si corre con l'impiego di un tale procedimento è quello di una storia intellettuale che si interessa solamente ai modi di pensare a proposito del diritto — o piuttosto di tutte le idee che sono designate come pertinenti al diritto — a detrimento dell'analisi dei contenuti della dottrina giuridica e della sua influenza sulle

⁽¹⁵⁾ P. BOURDIEU, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, pp. 3-19; B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.

⁽¹⁶⁾ Q. SKINNER, "Hobbes's *Leviathan*", in J. DUNN, I. HARRIS, *Hobbes*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 1997, pp. 368-380.

trasformazioni del diritto. Il diritto è studiato come la filosofia, mentre non ci sono norme filosofiche imposte da un potere attivo. Anche se istituivamo un confronto con altre scienze, come la scienza medica (la cui storia, diceva Kantorowicz contro Savigny, non dice qualcosa sulla comprensione della medicina contemporanea ⁽¹⁷⁾), c'è una parte della pratica giuridica che può essere considerata in maniera indipendente dalla scienza del diritto. Pur se si considera, senza dubbio, che gli studiosi del diritto esercitano, e hanno potuto esercitare nel passato, un potere, i giuristi non sono o non furono sempre i maestri o gli oracoli del diritto. Ancora una volta, questo procedimento di una storia intellettuale della scienza del diritto non è adatto a tutti i periodi e si rivela problematico per le situazioni storiche più antiche o quelle in cui non esisteva una classe di giuristi professionisti — per esempio il periodo della Roma arcaica, l'Alto Medioevo o i dieci anni della Rivoluzione francese quando l'insegnamento del diritto fu soppresso.

Di fronte a questi rischi di un'inadeguatezza delle teorie contemporanee della scienza del diritto alle situazioni storiche — specialmente quando disponiamo di un numero ridotto di testi —, gli storici del diritto hanno potuto sviluppare, negli ultimi anni, alcune strategie per rinnovare lo studio della scienza del diritto del passato. Con il più grande rispetto verso gli autori, vorrei adesso fare un'analisi critica delle metodologie proposte da Paolo Grossi da una parte e da Michel Troper, dall'altra, per lo studio della scienza del diritto del passato.

Sviluppando le sue indagini sull'esperienza medievale, Paolo Grossi ha voluto mettere in rilievo l'aspetto sapienziale del diritto medievale — specialmente il ruolo dei glossatori e dei commentatori nella ricomposizione e nella rinascita del campo giuridico in seno a società sprovviste di Stato o di un potere direttamente interessato alla definizione delle regole del diritto privato (il che è discutibile riguardo al potere ecclesiastico del Medioevo). Mostrando l'importanza dell'interpretazione dei testi romani riuniti nella compilazione giustiniana, interpretazione completamente controllata dai giuristi medievali (che soli potevano conoscere questi testi), Paolo Grossi ha

⁽¹⁷⁾ H. KANTOROWICZ, "Savigny and the Historical School of Law", *The Law Quarterly Review*, 1937, p. 342.

sottolineato il momento “interpretativo-applicativo” delle norme giuridiche, piuttosto che il momento “normativo-autoritario” della loro imposizione da parte di un legislatore (a questo punto, il legislatore romano era scomparso) ⁽¹⁸⁾. Questo metodo si concilia bene con la concezione “espressiva” del diritto, che vede in tutto il discorso giuridico una frase interpretativa e generalmente un’interpretazione di un precedente testo. La scienza medievale del diritto ha così partecipato, con un ruolo di primo piano, alla “vita” del diritto, cioè allo spiegamento dei significati che erano suscettibili di influenzare la pratica dei giudici e dei notai. Gli scritti dei glossatori e dei commentatori erano, nello stesso tempo, descrittivi della maniera in cui testi romani erano compresi, e creativi di concetti nuovi (per esempio, la teoria del dominio diretto e utile) che davano nascita alle nuove norme. Il feudalesimo giuridico è allora compreso come un’interpretazione creativa sulla base dei testi romani (sull’enfiteusi), che poteva modificare sostanzialmente i rapporti di potere tra gli uomini — è la feudalità “reale” in opposizione alla feudalità “personale”.

La conseguenza di una tale concezione del momento “sapienziale” del diritto nel Medioevo è opporre, come fa Paolo Grossi, il “momento medievale” e il “momento moderno” come due pianeti con un ruolo decisivo della scienza del diritto nel primo momento e un ruolo più limitato nel secondo, quello dell’esegesi dei codici o di grandi testi legislativi. Non vi è un rischio di ridurre la complessità delle situazioni storiche, di sopravvalutare il ruolo della scienza del diritto durante il Medioevo e di sottovalutare quello della scienza del diritto durante un periodo troppo lungo qualificato come “moderno”?

A partire da una riflessione sulla costruzione della gerarchia delle norme nella teoria kelseniana del diritto — un perfetto esempio della prospettiva kantiana in cui gli oggetti devono adattarsi alla nostra conoscenza —, Michel Troper ha recentemente proposto (in *Le droit et la nécessité*, 2011 ⁽¹⁹⁾) di considerare le successive teorie

⁽¹⁸⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 18-21 e 72-73.

⁽¹⁹⁾ M. TROPER, *Le Droit et la Nécessité*, Paris, PUF, coll. “Léviathan”, 2011, p. 4: di contro ad una teoria “tradizionale del diritto”, Michel Troper suggerì che “une théorie

del diritto come rappresentazioni dei sistemi giuridici, per mezzo delle quali avremmo un accesso (forse, il solo possibile?) alla conoscenza di questi sistemi giuridici. Questa metodologia mette l'accento sulle concezioni degli uomini riguardo a ciò che è chiamato sistema giuridico in un momento determinato del passato. Se la intendiamo bene (attraverso una generalizzazione che Michel Troper non ha proposto), la nostra percezione del sistema giuridico contemporaneo è determinata dalla teoria della gerarchia delle norme (che non rende conto di una realtà preesistente), la percezione del sistema giuridico dell'Ottocento è determinata dal positivismo giuridico degli autori di quel tempo, la percezione del sistema giuridico del Settecento è determinata dal giusnaturalismo e quella del sistema giuridico del Seicento dalla lettura di De Luca o di Domat. Con questo relativismo storico, non esiste una teoria del diritto adatta a tutti i periodi e dobbiamo accettare la nostra dipendenza dalle fonti dottrinali del passato: per esempio, è impossibile conoscere il diritto romano dell'Impero al di fuori del pensiero dei giuristi stoici del secondo e terzo secolo dopo Cristo.

Parecchi problemi paiono porsi (e sono stati sollevati dallo stesso Michel Troper) riguardo a questa idea, *prima facie* seducente, di una intercessione necessaria delle dottrine giuridiche del passato per conoscere qualcosa della storia del diritto. Primo, si può affermare che ogni periodo abbia una teoria del diritto, che sia condivisa tra i giuristi? Per quanto riguarda la nozione di teoria del diritto, non si tratta di una concezione recente, che non esisteva nei periodi più antichi? Bisogna fare una scelta, per ciascun periodo, della teoria (o scienza) del diritto idonea, che sarebbe la rappresentazione del diritto dominante a quel tempo? Pur ammettendo che le menti dei giuristi siano indotte ad uniformarsi, specialmente a causa della comune formazione giuridica, sembra che alcune correnti "critiche" del diritto, compreso il pensiero di alcuni filosofi, abbiano potuto scoprire i sofismi dell'educazione giuridica del loro tempo e presen-

conçue comme une métathéorie peut se borner à constater que, en vertu de certains discours, certains comportements sont tenus pour obligatoires et à rechercher ce que, selon ces discours, on entend par ce mot. Elle ne prétend pas traiter de la nature du droit, ni même du concept de droit, mais seulement des diverses manières dont les hommes décident et donnent à leurs décisions des justifications qu'ils nomment « juridiques ».

tare una teoria “dissidente” del diritto, che sarebbe più idonea come rappresentazione del sistema giuridico (a proposito del discorso giuridico dei *parlementaires* dell’*Ancien Régime*, Michel Troper ha mostrato che una “rappresentazione del diritto”, non condivisa da tutti gli attori, può essere fallace ⁽²⁰⁾). Il rischio di questa metodologia è di fare una storia delle ideologie giuridiche, studiando la successione delle teorie dominanti senza discutere le loro relazioni con le regole del diritto, ciò che è stato rimproverato a Franz Wieacker ⁽²¹⁾. La storia del diritto non è unicamente la storia delle concezioni teoriche del diritto, essa può costruire tipi ideali, per utilizzare il vocabolo di Max Weber ⁽²²⁾, che non sono quelli della scienza del diritto durante il periodo studiato (per esempio, utilizziamo nozioni ispirate da Kelsen, ma che non sono precisamente i concetti di Kelsen).

Senza trascurare la parte della costruzione del diritto nella scienza del diritto, che riguarda anche la scienza della storia del diritto, proponiamo un punto di vista nello stesso tempo più positivista — che mantiene una distinzione tra le regole giuridiche e le opinioni dei giuristi — e più sociologico — che considera questi discorsi come pratiche sociali con una coerenza e un’influenza variabili secondo i contesti storici (nel tempo e nello spazio). Nella storia del diritto ci sono molteplici configurazioni del campo giuridico. In ciascuna di queste configurazioni, i giuristi sono più o meno presenti, attivi e numerosi (è pur vero che talune rivoluzioni giuridiche sono state realizzate da un numero assai limitato di giuristi); questi giuristi sviluppano ciascuno un’educazione specifica, gruppi di professionisti, reti di influenza e godono di un’indipendenza più o meno forte. In una configurazione, i professionisti del diritto sono assenti e non esiste una “scienza del diritto” (per esempio nell’Alto Medioevo in Occidente), in un’altra i giuristi sono confusi con altri gruppi di studiosi e non sviluppano una scienza specifica (per

⁽²⁰⁾ M. TROPER, *Le Droit et la Nécessité, cit.*, p. 273.

⁽²¹⁾ J. RÜCKERT, “Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen-Franz Wieacker zum Gedächtnis», *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1995, 24, pp. 531-562.

⁽²²⁾ S. KALBERG, *La sociologie historique comparative de Max Weber*, trad. fr. H. MAURY, Paris, La Découverte, 2002.

esempio, nella Cina imperiale), mentre sappiamo come i romanisti del Duecento o i sapienti musulmani della scienza del *fiqh* abbiano conquistato posizioni di grande influenza. Le interazioni tra le leggi (che non sempre dipendono dai giuristi per la loro applicazione), le decisioni giudiziarie (che hanno relazioni complesse con la scienza dei giuristi, particolarmente per la loro pubblicazione) e le opere “scientifiche” dei giuristi (per una parte “meccaniche”, per un’altra parte innovatrici, con una diffusione o influenza variabili sull’educazione e sull’attività dei professionisti) sono caratteristiche di ciascuna configurazione storica del campo giuridico. Queste opere dei giuristi hanno anche circolato da un campo giuridico a un altro — talvolta con trapianti giuridici delle regole, talvolta tra traduzioni e influenze puramente intellettuali — e attraverso i periodi storici, tenendo conto dei fenomeni di oblio che sono spesso trascurati (23).

La complessità della storia è la conseguenza di una pluralità delle scienze del diritto in un momento determinato e di una diversità di schemi nel passaggio — ora per lenta evoluzione, ora con una “rivoluzione” (scientifica o politica) — da una configurazione a un’altra. Combinando i contenuti delle opere dei giuristi con un’analisi sociologica del loro posto nel campo giuridico, la storia del diritto non cerca, a parer mio, di risuscitare un contesto passato (ciò che è impossibile), ma di comprendere (tra tipi ideali sempre rinnovati) la “stranezza” delle scienze del diritto del passato — così diverse dalle nostre concezioni contemporanee — e le condizioni del cambiamento tra le successive scienze del diritto.

(23) J.-L. HALPÉRIN, “La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d’histoire du droit”, *Droit et Société*, 2012/2, 81, pp. 403-423.

MICHEL TROPER
L'HISTOIRE DU DROIT ET LA THÉORIE
GÉNÉRALE DU DROIT

1. Les concepts juridiques. — 2. Les concepts du métalangage juridique. — 3. Conclusion.

Je voudrais tenter ici de construire un pont entre l'histoire du droit et la théorie générale du droit. Les contacts entre ces deux disciplines ont été trop rares. La plupart des analyses relevant de la théorie du droit sont anhistoriques, parce qu'elle s'efforce de donner une description du droit générale pour valoir non pour un système juridique particulier, mais pour tous les systèmes de tous les pays et de tous les temps ⁽¹⁾. De son côté, l'histoire et en particulier l'histoire du droit, dans la mesure où elle vise à la connaissance des systèmes juridiques du passé et où elle se montre soucieuse d'éviter les anachronismes, refuse d'employer les concepts de la théorie juridique moderne ⁽²⁾.

Cette quasi-absence de relations paraît préjudiciable aux deux disciplines. Tout d'abord à la théorie juridique, parce que, en dépit de son ambition de décrire tous les droits, elle se révèle incapable d'énoncer des propositions vraiment générales sur le droit positif, faute de prendre en compte l'infinie diversité des phénomènes

⁽¹⁾ Kelsen-Duguit, *Préface à la Revue internationale de la Théorie du Droit* de 1926, reproduite, ds. *Droit et Société* n. 1, 1985, <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds001/ds001-02.htm>.

⁽²⁾ Je me permets de renvoyer à M. Troper, *Sur l'usage des concepts juridiques en histoire*, ds. *Annales, Economies, Sociétés, Civilisations*, 1992, n. 6, pp. 1171 s. et à la réponse de François Furet, *Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire*, ds. *Annales*, 1992, n. 6, pp. 1185-1194 s.

juridiques du passé. Mais elle est également préjudiciable à l'histoire du droit qui parvient mal à qualifier les objets qu'elle observe. Pour prendre un exemple simple, la théorie générale du droit ne peut affirmer qu'il existe une hiérarchie des normes dans tous les systèmes, faute justement de les avoir tous examinés. Elle ne peut établir la vérité de cette proposition qu'en procédant soit par généralisation à partir des systèmes observés en Europe occidentale à partir de la fin du 18^{ème} siècle, soit par déduction à partir d'un petit nombre de thèses sur la nature de la norme juridique. Quant à l'histoire, elle ne peut prétendre décrire comme une relation hiérarchique la relation qui existe à la fin du Moyen-Âge entre les lois édictées par le roi et les décisions des tribunaux qu'au moyen d'un concept de hiérarchie des normes, mais elle ne peut ni découvrir ce concept dans le discours juridique du temps, ni recourir sous peine d'anachronisme au concept moderne. Le recours aux concepts du temps, appréhendés à travers le lexique, rend également particulièrement difficile de distinguer entre ce que les hommes faisaient et ce qu'ils disaient ou croyaient faire.

Il paraît pourtant possible de trouver un remède à ces difficultés en distinguant clairement entre concepts et métaconcepts juridiques. Les premiers réfèrent à des systèmes juridiques particuliers à des moments de l'Histoire, les seconds à des classes de concepts intemporels.

1. *Les concepts juridiques.*

Selon la définition qu'en donne Vittorio Villa, un concept est « la classe des expressions synonymes parce qu'elles ont le même signifié » ⁽³⁾. Des expressions différentes peuvent avoir le même signifié et des expressions identiques peuvent avoir des signifiés différents selon les contextes dans lesquels elles sont employées, ce qui implique qu'elles désignent alors des concepts différents. A l'inverse, des expressions différentes peuvent avoir le même signifié, notamment lorsqu'elles appartiennent à des langues différentes. Elles sont alors traduisibles les unes par les autres.

⁽³⁾ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999; cf. égal. A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990.

Naturellement, il est souvent difficile de déterminer si deux expressions ont bien le même signifié. Cette difficulté est particulièrement sensible dans le domaine juridique et c'est à elle que se heurtent notamment le droit comparé et l'histoire du droit. En effet, le signifié d'expressions comme « mariage » « testament » etc... dépend du contexte, c'est-à-dire du système juridique dans lequel on les emploie et on ne peut le comprendre que dans ce contexte. Prenons « mariage »: si le nombre des époux, la différence des sexes, la possibilité ou non de divorcer, font partie du concept de mariage, alors le concept de mariage n'est pas le même en droit romain, dans le droit canonique, le droit musulman, le droit italien contemporain ou encore celui de l'Etat de Massachussets, qui autorise le mariage entre personnes de même sexe. Il en résulte trois conséquences.

La première est que l'on ne peut pas se servir des concepts juridiques, qui ont une certaine intension et une certaine extension dans un système donné à une époque donnée, pour étudier d'autres systèmes. Si l'on veut décrire le droit positif d'une autre époque, par exemple le mariage dans la Rome antique, il faut décrire les normes relatives au mariage dans ce système, les pouvoirs du mari ou la condition de la femme. La connaissance du concept de mariage dans le droit français contemporain ne peut servir que d'élément de comparaison.

La seconde conséquence est que les concepts juridiques n'ont pas d'histoire, si l'on entend par histoire la transformation d'une chose, qui conserve malgré tout son identité. Si un concept est bien cette « *classe des expressions synonymes parce qu'elles ont le même signifié* » (4), le mot peut bien changer de sens, le concept lui ne change pas. Il est seulement remplacé par un autre. Ce qu'on désigne par l'expression pompeuse et trompeuse « histoire des concepts » ne vise pas et ne peut viser à découvrir dans les concepts les germes d'une évolution autonome. Elle n'est une histoire que dans la mesure où elle les comprend par le contexte historique dans lequel ils opèrent (5).

(4) *Ibid.*

(5) Comme le dit très justement Quentin Skinner « it seems to me misleading to speak of Koselleck as writing about the history of concepts. This is not what he ever did: what he wrote about was the history of words » (Javier Fernández SEBASTIÁN, *Intellectual*

La connaissance des règles du mariage au Moyen-âge ou au 19^{ème} siècle nous informe peut-être sur les mobiles des législateurs qui se sont succédé jusqu'à nos jours, mais pas du tout sur le droit actuel. Savoir que le divorce n'était pas permis en France avant 1884, ne permet pas à l'avocat, au juge ou au professeur de droit de connaître les conditions du divorce aujourd'hui. Savoir que la représentation était un contrat de droit privé avant la Révolution française nous ne nous apprend rien sur le concept constitutionnel de représentation pendant la Révolution ou aujourd'hui. Il nous éclaire sur la rupture opérée par la Révolution, mais non sur les obligations du représentant ou sur sa relation aux électeurs. Le terme de représentation a bien une histoire, parce qu'il change de sens, mais non le concept lui-même ⁽⁶⁾.

Comme le disait Marc Bloch, « jamais, en un mot, un phénomène historique ne s'explique pleinement en dehors de l'étude de son moment » ⁽⁷⁾. La fameuse histoire des concepts consiste précisément dans une critique de la démarche traditionnelle de l'histoire des idées selon laquelle les grandes œuvres du passé nous permettraient d'appréhender des « concepts fondamentaux » et des vérités

History, Liberty and Republicanism: An Interview with Quentin Skinner, ds. J.F. SEBASTIÁN, *Contributions to the History of Concepts* 3 (2007) 103-123). Cf. Melvin RICHTER, *Appreciating a Contemporary Classic; The Geschichtliche Grundbegriffe and Future Scholarship*. Préface à Hartmut LEHMAN & Melvin RICHTER (ed.), *The meaning of Historical Terms and Concepts. New Studies on Begriffsgeschichte*, Washington, German Historical Institute, 1996, pp. 7-20s. Dans le même sens J.G.A. POCCOCK, cite et approuve l'idée de Skinner que "it is not, strictly speaking, possible to write a history of concepts at all" (*Concepts and Discourse: A difference in culture?* Comment on a Paper by Melvin Richter, ds. Hartmut LEHMAN & Melvin RICHTER (ed.), précit., pp. 47-58s.

⁽⁶⁾ « Historians of language... may announce that they have constructed a Begriffsgeschichte.... However, I shall continue to think that these terms are instances of justifiable rhetoric, and that what has been going on all this time is a history of things done with language » (J.G.A. POCCOCK, *ibid.*).

⁽⁷⁾ M.BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou le métier d'historien*, Paris, Armand Colin, 1949, p. 23 (en ligne sur http://classiques.uqac.ca/classiques/bloch_marc/apologie_histoire/apologie_histoire.html). Marc Bloch ajoute « Cela est vrai de toutes les étapes de l'évolution. De celle où nous vivons comme des autres. Le proverbe arabe l'a dit avant nous: « Les hommes ressemblent plus à leur temps qu'à leurs pères. » Pour avoir oublié cette sagesse orientale, l'étude du passé s'est parfois discréditée ».

éternelles sur l'État ou la liberté (8). Elle vise plutôt à étudier les concepts dans l'histoire, c'est-à-dire à chercher à comprendre leurs particularités à un moment et dans un contexte donnés et à les expliquer par le rôle qu'ils y jouent (9).

L'étude historique des concepts ne peut donc pas être l'étude de leur évolution, mais seulement l'étude des conditions de leur apparition à un certain moment de l'histoire.

En troisième lieu, puisque deux termes ne peuvent être synonymes et référer au même concept que si les conditions d'utilisation dans des contextes différents, par exemple à des époques différentes, sont rigoureusement identiques, on ne pourra les identifier que si l'on dispose d'un métaconcept, c'est-à-dire d'une expression qui réfère à une classe de concepts. Comment déterminer en effet si *will* en anglais et *testament* en français sont synonymes, alors que les mots ne sont pas les mêmes et surtout que les règles pour faire un *testament* valide et un *will* valide sont différentes ? On ne peut y parvenir que si nous simplifions à l'extrême la fonction et les règles de création du testament et du will au point que les deux termes désigneront la même chose. Nous aurons alors créé un métaconcept, c'est-à-dire une ou plusieurs expressions ayant pour signifié les concepts juridiques de testament et de will.

(8) Ainsi, Q.SKINNER, *Surveying the Foundations: a retrospect and reassessment*, ds. Annabel BRETT, James TULLY and Holly HAMILTON-BLEAKLEY, *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge University Press, 2006 pp. 236s.; I.K R., Introduction au volume O.BRUNNER, W. CONZE, R.KOSSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, BAND 1. 1972; cf. aussi Michael STOLLEIS, qui écrit que « le droit contemporain n'est pas l'instrument adéquat pour séparer le vivant du mort dans la masse infinie des informations historiques...ce n'est donc pas la préhistoire du présent qui constitue l'objet de notre travail. Il tente plutôt...d'adopter la perspective même de l'époque décrite, telle qu'elle se présente à nous — avec les problèmes de traduction que cela implique — à partir des sources » (M.STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, Paris, PUF, 1999, p. 77).

(9) Quentin Skinner se réclame d'ailleurs de Wittgenstein, Austin et Searle (*op. cit.* spécialt. p. 242, *Concepts only have Histories*, Interview with Emmanuelle Tricoire et Jacques Lévy, *EspacesTemps.Net* (2007), <http://www.espacestemp.net/document3692.html>); Cf. également K.PALONEN, *The History of Concepts as a Style of Political Theorizing: Quentin Skinner and Reinhart Kosellek's Subversion of Normative Political Theory*, ds. *European Journal of Political Theory*, July 2002 vol. 1 no. 1 91-106 (<http://ept.sagepub.com/content/1/1/91>).

L'historien du droit emploie, en général inconsciemment, ou présuppose ces métaconcepts et c'est cela seul qui lui permet d'affirmer que, dans le droit privé de l'Ancien Régime, existait l'institution du testament.

2. *Les concepts du métalangage juridique.*

Les concepts du méta-langage juridique ou méta-concepts présentent une double particularité. D'une part — et contrairement aux concepts juridiques, qui sont inscrits dans l'histoire — ils sont anhistoriques, mais d'autre part, c'est précisément en raison de ce caractère anhistorique qu'ils peuvent être employés pour analyser plusieurs systèmes de droit du passé et les concepts juridiques eux-mêmes.

Le caractère anhistorique est évidemment lié au fait qu'ils sont produits par la théorie du droit pour servir à l'analyse du droit positif. Dans certains cas, les termes par lesquels on désigne ces concepts sont différents de ceux qui appartiennent au langage du droit positif lui-même, de sorte qu'on peut rendre compte de celui-ci ou bien en employant exclusivement les termes qu'il contient ou bien des termes entièrement différents. C'est ainsi qu'on pourrait décrire tout le droit positif actuel sans employer le terme de « personne » (qui fait pourtant partie du droit positif) si l'on estimait que le concept de personne n'est pas adéquat et à l'inverse décrire un droit positif qui n'emploierait pas lui-même ces termes à l'aide de « personne » ou de « droit subjectif », à condition bien entendu que le langage objet contiennent d'autres termes ayant des significés sinon identiques, au moins semblables.

Un autre exemple déjà cité est celui d'« organe ». Peu de constitutions en effet emploient ce terme. Néanmoins, un concept d'organe créé par la théorie du droit permet de décrire facilement toutes les constitutions du monde. Carré de Malberg avait tenté de démontrer que c'était l'Assemblée constituante de 1789 et non la doctrine allemande du droit public du 19^{ème} siècle qui avait inventé le concept d'organe, et l'avait désigné par le terme de « représentation ». Il avait sans doute tort, car, le concept d'organe qu'utilise la Théorie générale de l'État, et d'ailleurs Carré de Malberg lui-même, désigne tout individu ou collège dont les actes sont imputés à une

personne morale, tandis que le représentant au sens de la constitution de 1791 est seulement celui qui exprime la volonté du souverain et non pas ceux qui exécutent cette volonté. Le corps législatif et le roi étaient représentants, mais le roi ne l'était qu'en sa qualité de co-législateur. En tant qu'il exerçait le pouvoir exécutif, il n'était pas représentant, mais seulement commis, de même qu'étaient commis les ministres ou les tribunaux. Les termes de « représentant » et d'« organe » n'étaient donc pas synonymes. Cependant, il est parfaitement légitime — et même nécessaire — de désigner comme des « organes » toutes les autorités, individus ou collèges, dont les actes étaient imputés à l'État, qu'ils aient été législateurs ou exécutants. Ainsi, bien que sa thèse ait été erronée sur le fond, Carré de Malberg a eu le mérite de faire comprendre la nécessité d'employer un métaconcept d'organe pour analyser la constitution de 1791, qui n'emploie ni ce terme, ni même un concept juridique semblable.

Les métaconcepts de la théorie du droit peuvent être obtenus soit par abstraction soit par généralisation à partir du droit positif d'un pays donné (comme « autonomie de la volonté », construit à partir du code civil français, qui ne contient pas cette expression, de même que « régime parlementaire » l'a été à partir du système constitutionnel anglais et « régime présidentiel » à partir du régime américain). Aucun document officiel américain ne contient l'expression « régime présidentiel » et les pères fondateurs n'ont certainement pas connu ce concept. Néanmoins, les constitutionalistes estiment, à tort ou à raison, qu'il est utile pour caractériser le régime américain contemporain et quelques autres systèmes politiques dans le monde.

A cet égard, la théorie ou la science du droit se trouve dans une situation analogue à celle de n'importe quelle autre science, la chimie, l'anthropologie ou l'histoire, qui décrivent leur objet à l'aide de leurs propres concepts, soit parce que cet objet est matériel et ne comprend aucun concept, soit parce que ceux qu'il contient ne pourraient pas servir à une analyse menée d'un point de vue externe, par exemple une analyse comparative. Ainsi, on peut décrire les normes qui forment le droit constitutionnel français, allemand ou italien à l'aide des seuls termes contenus dans les énoncés qui expriment ces normes, par exemple « premier ministre », « chancelier », « président du conseil ». Mais une telle description serait

totallement dépourvue d'intérêt. Elle ne serait rien d'autre et rien de plus que la reproduction des énoncés. Chacun de ces termes réfère à un concept différent, parce que le Premier Ministre de la 5^{ème} République n'est pas soumis au même régime juridique que le président du conseil de la 3^{ème} République ou que le président du conseil italien et qu'il diffère encore plus d'un Premier Ministre comme Richelieu ou Mazarin. Si l'on s'en tient aux termes employés on ne peut comprendre ni que certaines de ces institutions sont semblables (le Premier Ministre français et le président du conseil italien), ni en quoi le poste de Premier Ministre de la 5^{ème} République est différent de l'emploi de premier ministre occupé par Mazarin.

C'est pourquoi il faut construire un métaconcept pour désigner l'un des organes d'un pouvoir exécutif dualiste dans un régime représentatif. Cet organe peut être désigné par l'expression de « Premier Ministre » ou celle de « président du conseil » ou encore par toute autre expression jugée équivalente dès lors qu'il est distinct d'un autre organe, le chef de l'État, qui lui même peut être nommé de plusieurs manières, « roi », « Président de la République », « chef de l'État », etc, qu'il possède une autorité sur les ministres et qu'il est politiquement responsable devant au moins une assemblée représentative. Pourvu qu'un organe possède ces caractères essentiels, il est un « premier ministre », quelles que soient ses compétences, la manière dont il est désigné, les procédures permettant de le destituer ou son rôle politique réel. Ce métaconcept de « Premier Ministre » permet ainsi de rendre compte d'une très grande variété d'organes.

La pertinence de ses métaconcepts, créés d'un point de vue purement externe, est tout à fait indépendante de l'histoire, en ce sens qu'elle ne dépend ni du moment où ils ont été créés, ni des idées et des croyances des acteurs du système juridique qu'ils permettent de décrire. On ne saurait nier qu'ils sont créés par des hommes qui ne sont pas hors de l'histoire et on pourrait même tenter de donner une explication historique de leur formation, comme on pourrait le faire d'ailleurs pour ceux de la chimie, mais cette explication historique est sans incidence sur la question de leur pertinence, qui dépend seulement de leur valeur opératoire. Or, celle ci ne peut être obtenue qu'en détachant le concept du système historique concret dans lequel opérait l'institution correspondante.

Marc Bloch nous fournit un excellent exemple d'un tel méta-concept. Dans un chapitre final de « la société féodale », intitulé « la féodalité comme type social », il oppose Montesquieu et Voltaire. Le premier soutenait que la féodalité était « un phénomène unique en son genre, un événement jamais arrivé dans l'histoire du monde et qui n'arrivera peut-être jamais » et Voltaire répondait: « la féodalité n'est point un événement; c'est une forme très ancienne, qui subsiste dans les trois quarts de notre hémisphère ». Marc Bloch explique qu'on ne peut trancher qu'en dégageant les traits fondamentaux, « les caractères de ce cas type ». Ce n'est qu'une fois ce travail accompli, qu'on peut écarter certains usages abusifs, comme celui de la Russie des Tsars, et constater que, en dehors de l'Europe médiévale, ces caractères ne se rencontrent qu'au Japon.

Le concept de féodalité permet ainsi de décrire des sociétés aussi différentes que celles de l'Europe médiévale ou du Japon, quels que soient les concepts employés par les acteurs. Mais les hommes du Moyen-Age n'employaient pas plus le terme de « féodalité » que les pères fondateurs de la constitution américaine celui de « régime présidentiel ». Le « régime présidentiel » ou le « type social » de Marc Bloch sont à cet égard semblables au concept d'une science portant sur un objet qui ne parle pas.

Le théoricien (ou le comparatiste) doit donc créer un méta-concept capable de décrire des concepts. Le métaconcept de personne ou de constitution employé par la théorie du droit doit permettre de rendre compte non seulement des systèmes dans lesquels la personne ou la constitution sont désignés par les termes correspondants, mais aussi de ceux dans lesquels on emploie ces concepts sans les désigner par des termes équivalents.

On voit par là que les métaconcepts peuvent être produits de deux manières différentes, soit, selon la méthode de Marc Bloch ou de Max Weber, en dégageant les traits fondamentaux d'une institution particulière à une époque ou une société donnée pour rechercher ensuite s'ils peuvent se retrouver ailleurs, soit en faisant appel à la Théorie générale du droit.

On ne doit évidemment pas confondre cette seconde méthode avec l'anachronisme, qui consisterait à décrire une situation historique à l'aide de concepts liés à une autre situation par exemple à parler d'État à propos de la cité athénienne ou de société féodale

pour désigner la Russie tsariste du 19^{ème} siècle. De même que Marc Bloch évite l'anachronisme en construisant le type « société féodale », qui est différent des concepts en usage à ce moment, de même, on doit, pour étudier les constitutions de l'époque révolutionnaire disposer d'un concept d'organe, qui n'existait pas à cette époque et qui était donc différent aussi bien des images mentales des acteurs de l'époque que du concept de représentant, qui avait bien été inscrit dans le droit positif.

On peut reprendre le cas du pouvoir législatif résultant pour le roi du droit de veto suspensif que lui confiait la constitution de 1791: pour affirmer que ce pouvoir était illusoire, les historiens peuvent invoquer les discours prononcés à l'assemblée constituante. Cependant, à supposer même que ces discours aient été sincères et représentatifs des opinions de tous ceux qui ont voté pour le veto et ne se sont pas justifiés — ce dont on peut raisonnablement douter — ils informent seulement sur ce que les constituants ont cru faire, non sur ce qu'ils ont fait réellement. Le seul moyen de savoir si le roi disposait ou non d'une part du pouvoir législatif est d'analyser la nature du veto, ce qu'on ne peut faire qu'à l'aide d'une théorie de l'acte juridique, c'est-à-dire d'un ensemble de concepts forgés par une théorie du droit bien postérieure et qui servent ici de méta-concepts ⁽¹⁰⁾. Selon cette théorie, est auteur ou coauteur d'un acte celui dont le consentement est requis pour que cet acte soit valide. Tel est le cas du président des Etats-Unis, alors même que son opposition peut être surmontée par une majorité qualifiée et tel est aussi celui du roi de 1791, disposant d'un droit de veto suspensif.

3. *Conclusion.*

Il faut, semble-t-il, distinguer deux types d'analyse des concepts de l'histoire constitutionnelle, qui se complètent. La première vise à connaître les concepts d'un système juridique du passé, la fonction qu'ils remplissent dans le système, les conditions dans lesquelles ils sont employés, les raisons pour lesquelles ils sont apparus et qu'on peut s'efforcer de découvrir dans les intentions de leurs créateurs et

⁽¹⁰⁾ Ibid.

dans les contraintes argumentatives qui les ont fait émerger, parfois même à l'insu des contemporains. Cette analyse est anhistorique — on a pu la qualifier d'archéologique —, dans la mesure où elle fait apparaître des concepts qui se succèdent, mais dont la signification ne peut s'expliquer par celle d'un concept antérieur.

La seconde, cherche à construire les instruments permettant d'identifier non pas ce que les hommes ont voulu ou cru faire, mais ce qu'ils ont fait réellement. Les métaconcepts sont donc indispensables à l'histoire du droit, mais ils ne peuvent être testés que par elle.

JOACHIM RÜCKERT ⁽¹⁾
HISTORY OF LAW AND LEGAL SCIENCE

I. Ambiguities and presuppositions. — 1. Two main positions. — 2. Some consequences. — 3. What to do with our grand narratives? — II. Legal science in the modern constitutional state. — 1. History reduced? — 2. The codes and the profession. — 3. Autonomous methods. — III. History and Law in the modern constitutional state. — IV. Perspectives today. — 1. Legal science. — 2. A useful concept. — *Problemgeschichte* — (1) “New” problems. — (2) Long-time-problems. — 3. Law and History combined. — 4. An example. — 5. The five aspects of the relation. — V. The Themes of Legal History. — VI. *Résumé*.

The invitation paper asked me to give “as broad a picture as possible” — a very friendly and broad invitation, but surely not so easy to fulfill. Such a broad picture tends in the end to give all and nothing. How to do with this danger? I’ll take it as a chance and will try to resolve the problem with five remarks: at first about some ambiguities of the issue, then about the legal context of history of law, thirdly about the relation of law and history in our modern constitutionalism, fourthly about some perspectives just now, and at least with some remarks about the issues preferred in the last period.

I. *Ambiguities and presuppositions.*

Historiographical perspective and legal science don’t mean everywhere the same-naturally. Their relationships depend on their meaning. The use of “history” and of “legal science” as concepts depends on very fundamental theoretical and philosophical deci-

(1) The text follows my Florence paper, except a few little additions; and I apologize for my very simple English.

sions. At first it seems very simple: If we look back we make history, if we look on laws, we make legal science. But the question is, how we look and what we try to see.

I suppose that nearly all possibilities of understanding the problem have been thought out and practiced. The advantage is that we can help with examples, the difficulty is that we have too much of them. For our purpose here, I'll remember only *two main positions*. They are rather clear since the beginnings of modern philosophy and legal science in the era of enlightenment, with *Montesquieu* in France, *Hume* in England and *Kant* in Germany (1689-1755, 1711-76, 1724-1804). To see the presuppositions we need some theory of science and I have to apologize for this expedition. Let's use it to get a little conscious of that what we like to do as historians.

1. *Two main positions.*

On the one hand was worked out a more critical conception of "human understanding", with the title of *John Locke's Essay* (1690), which no longer tried to give all-round explanations. Consequently the meaning and the sense of history, of law and so on, was no longer determined out of universal concepts as god, nature, ratio, idea, history as such, but more cautious, more open and even richer. The modern autonomy of science and sciences became the leading perspective.

In this way worked the so called pragmatic-historical school in Göttingen. In the branch of law its most prominent figure became since 1789 the well known *Gustav Hugo* (1764-1844). He soon was called the teacher of the 19th century (by *G.F. Puchta*, in the 18-twenties) and is well known in Italy since the very insightful monography of the late *Giuliano Marini* (1969) ⁽²⁾. Hugo has worked out a *trias* of legal methods and legal science, history, philosophy, law ⁽³⁾:

⁽²⁾ *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1969; comp. my: "... daß dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte ..." — *Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789*, in: R. DREIER (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts...*, Stuttgart 1990, 94-128.

⁽³⁾ See his: *Juristische Encyclopädie*, 1. ed. 1798, p. 14 f./§ 16, 8. ed. 1835, p. 32 f./no §s.

(1) *Legal history* looks on the causes and conditions of the law *as it was* (philosophically: *cognitio ex datis*).

(2) Legal *philosophy* deliberates on the question how *law should be* (as *cognitio ex principiis*); with the significant title of Hugo itself that means “Philosophie des positiven Rechts” (4), Philosophy of Positive Law, and in the end, as he says, Political Theory.

(3) Legal *science* (or better: lawyers work, dogmatics) as such is clearing the law, *as it is*, as it is binding in a concrete community.

All the three explanations are bound to the “facts” (with this new word of the late 18th century), the empirical data and therefore pure, universal and objective philosophy doesn’t work here. History, Philosophy and Law are separated and autonomous. They work together, but not under one objective meta-guideline. Metaphysical conceptions of full-understanding are left off. Only as proposals or ideas, how to understand possibly the ‘world’, they may be useful.

Hume (5) and *Kant* (6) had worked out and became the fathers of these “critical”, as Kant said, conceptions. Montesquieu had given the most impressive example (7). This model of science as independent, free investigation, as “Forschung”, was very successful. As You all know, the mode is held up and proposed until today, see e.g. in German language *Karl Popper*, *Hans Albert* and *Werner Heisenberg*, and in the whole world of western science in the special English sense.

2. *Some consequences.*

What are the *consequences* for law and history and their relation? A look at the second position shows them.

The answer is not “blowing in the wind”, it lies in a wellknown formula of *Savigny*. I mean the title of his new journal of 1815: “*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*”. Hugo had spoken of history *and* philosophy *and* law. But Savigny calls his concept

(4) See his: *Naturrecht als eine Philosophie des positiven Rechts*, 1. ed. 1798, 4. 1819 (repr. 1971).

(5) *An Enquiry Concerning Human Understanding*, London 1748.

(6) *Kritik der reinen Vernunft*, Riga 1781, 2. ed. 1787.

(7) *De l'esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, Genf 1748.

“*geschichtliche Rechtswissenschaft*” — it is obviously impossible to translate this. Take e.g. “historical science of law” or something similar. The deciding point, that history stands adjectively to law, that it belongs to legal science, has disappeared. And the word *Rechtswissenschaft* — even in German this word was new about 1800. It was invented to get more than facts and relations, but *system* and *inner necessity* (two key-words of Savigny) by understanding the law. The law is seen as a whole, living over the times and spaces, e.g. since Rome. On the contrary Hugo saw it as a mere aggregate of the *laws* in their epochs, from time to time, region to region and community to community. Tomorrow may come very other laws. We may find out certain tendencies, ways, conditions, legal and non legal, but not the law as a whole.

Savigny’s concept of understanding tries to see more. He combines history and law fundamentally and necessarily. His concept of understanding doesn’t look to Kant’s critical theory as Hugo did. By the way: Here lies a source of hard misunderstandings. It is another thing, that important concepts of Savigny’s theory of private law indeed transport Kantian concepts, as e.g. liberty and equality. We only shouldn’t mix the *two* branches of Kantian tradition and effects ⁽⁸⁾, his theory of understanding and his substantial theory of law in their double sided reception.

Savigny’s general philosophical witnesses are the so called overcomers of Kant, that means especially *Schelling* and *Hegel* — his own generation (Savigny 1779, Schelling 1775, Hegel 1770). And we may put together with them all the Neos and de facto Neos until today, under what for names and languages whatever, e.g. Evolutionism, Structuralism, System-Theory or diverse Turns. In legal history emerged the famous crisis-answer after 1945 of *Heinrich Mitteis*, his “Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte” (1947) ⁽⁹⁾, and

⁽⁸⁾ See for the lines of reception my study: *Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts*, in Martyn P. THOMPSON, *John Locke und/and Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*, Berlin 1991, p. 144-215.

⁽⁹⁾ See for the situation after 1945 the masterly international analyses of Sten GAGNER, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I, Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren*, Ebelsbach 1993, for Mitteis esp. ch. 1.

the New Historical School of the 1980s (*Picker* 1986, *Zimmermann* 1995 ff.) ⁽¹⁰⁾ — a product of new crisis-feelings too.

They all and he, that is Savigny, take another look. They look much more optimistic on the mass of data and facts. They don't see chaos but harmony, at least in *the* evolution, in *the* eternal laws of evolution. They don't separate the ways of understanding. "True" historical understanding is here at the same time "true" legal understanding. Law and History and Politics and Philosophy are not to be separated and to combine rationally (genetically, functionally, as cause and effect,) but to combine in a fundamental understanding — to get the presupposed undivided whole. In this way understanding is not at least always partial (*unvollkommen*) but full (*verstehend*). Separation of branches and methods is not seen as helpful (as the old ideologies contra which the critical philosophers argued), but as dangerous, e.g. Ought *and* Is (Sollen und Sein) as a unity, Law *and* History, *and* Politics, *and* Religion, *and* Nature, *and* Ratio, and so on are the aim.

Deciding is here always the idea, that there exist and are recognizable facts as "objective" facts and relations. *Objective* means here to be *not* dependent on human actions, arbitrary as they may be, and therefore we are able to understand these independent universals in time and space.

E.g. *Family Law*: It is not only historically woven with religion

⁽¹⁰⁾ See the repeated apologies of Picker and Zimmermann, for Eduard PICKER esp., *Der Gegenwartswert des römischen Rechts*, in H. BUNGERT (ed.), *Das antike Rom in Europa*, Regensburg 1985, p. 289-316, 297 who wants to renew "die wohl eindrucksvollsten rechtswissenschaftlichen Erfolge", and 303 f. learn law through history and thereby "über die bloßen Fakten hinaus eine tiefere oder richtiger: die volle historische Wahrheit"; for Reinhard ZIMMERMANN esp. the german version of his since 1995 occasionally used and printed lecture, also in *Law Quarterly* 112: *Savignys Vermächtnis*, in P. CARONI/G. DILCHER (Hg.), *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, Köln et al., 1998, 281-321, 315 for "erneuerte historische Schule", 321: "wird hier das Programm einer erneuerten historischen Schule skizziert". Unfortunately these new historical schools have to do very few with the famous one of Savigny. They simply deny the theoretical and constitutional conditions he held for necessary and are even not willing to discuss them. The result is a special 'Savigny', made fit as contemporary dispute partner — that doesn't mean, that we couldn't learn by many wonderful insights in Savignys work. See for an other answer the concept of "Problemggeschichte" here below.

and *mores*, in some former times and special regions, but rightly always.

Or, the *risk of casus* in working contracts is seen as eternally and rightly to be beared of the master and not the worker, the so called *Substratsgefahr* (risk of substrate), at least from the Roman *exceptor* (Schnellschreiber, D. 19.2.19.9), who looses his master in the middle of his contract and asks for the resting money, until to the modern industrial worker under the BGB (§ 615) in similar situations of impossibility to work. The different conditions of roman contracts running a whole year and modern ones with open end, are not of interest. And the alternative possibilities of e.g. sharing the risk, or letting fall it where it falls (comp. *casum sentit dominus*) and as it then stays, too. The example is not invented, but an actually important historical interpretation of the BGB (§ 615) and I suppose not only here (comp. artt. 1218, 1672 Cod.civ.)

The two fundamental models of understanding have been discussed over the last two centuries. In the meantime short polemic key words are dominating, as empiristic, positivistic, naturalistic or subjectivist for the one side, and historicistic, metaphysical, objectivistic for the other. In any case, the consequences for legal science are important.

In this very international session I shouldn't forget to ask me: Is this problem perhaps a German problem? *Hugo* and *Savigny*, *Kant*, *Schelling* and *Hegel*, that looks rather German. But I mentioned *Locke* and *Hume*, *Montesquieu*, and I dare to say, that in this philosophical branch the mentioned German philosophers don't stand only for German solutions.

3. *What to do with our grand narratives?*

In the end, we may let aside these theoretical problems and take them more pragmatic. Most legal historians seem to do so, and indeed, why not. On the other hand we admire and seek the grand narratives of law and history as e.g. the brilliant story of *Wieacker* (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 1952, 1967). This work still is enjoyed very much, not only in Germany (see the many translations). In my opinion, however, it should be one of our most noble historical work, to deconstruct these tales to their specific context in

time and space, the German 1940ies and 60ies, and to get rid of their so general but indeed very selective perspectives ⁽¹¹⁾. History is open and historiography too.

Letting this stay as it stays, the context of *modern* legal science puts another problem. It becomes clear, if we look on her historical conditions.

II. *Legal science in the modern constitutional state.*

Legal science too doesn't work in a timeless and spaceless condition. Working as 'science' of the positive law, als *positive Rechtswissenschaft*, is producing norms, dogmatics, and that means producing 'binding' normative texts for a certain community under certain conditions. Therefore this 'science' is not allowed to take her dogmatics from anywhere, but only from the so called valid sources of law. Questions of legal method therefore nowadays are questions of constitutional law. Once more the answers differ with the constitutional cultures, esp. with the english and the continental one.

1. *History reduced?*

What is under these conditions the *role of history*? We know the historical-juridical argument. His function is now reduced on the better understanding certain valid laws. History may serve to these dogmatic purposes. The borders of valid and non valid are drawn sharp, in time and space. Laws come in force and lose their force at certain data. Under the conditions of modern constitutionalism this has its own logic. Naturally this separation isn't necessary for ever but a rather new phenomenon as the constitutionalism itself. One may say: The more codes, the more exclusion of history. We know the sharp examples, the French *référé législatif* already since Louis XIV., the French and Prussian renewal (Loi sur l'organisation

⁽¹¹⁾ Some of them are analyzed in my study: *Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen — Franz Wieacker zum Gedächtnis*, in *Quaderni fiorentini* 24 (1995) p. 531-562; soon in print will be the big, impressive analysis of Viktor WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2013 (Diss.iur. Frankfurt a.M.).

judiciaire, Aug. 1790, II 12; ALR Einl. §§ 47 f.) and others. Modern penal law demonstrates the type especially true. The sharp versions disappeared soon in the 19th century — but the strong prerogative of the constitution followed. In the European Union we just are witnesses of a further stage. The system of validity is changing — and the juridical methods and science with it.

2. *The codes and the profession.*

In *the former period of Ius commune* on the contrary Law and History had to be combined, past and present were flowing together, professors, courts and legislators moderated it together. Since the era of the codifications this has altered. Codifications want to bind alone, exclusively. In this perspective, the modern constitutional state is the sworn enemy of history of law. That didn't and doesn't amuse the juridical profession. Soon two hundred years ago Savigny wrote in 1814 his famous *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* and tried hereby to save the legal science in front of the absolute codifiers, as Hugo described insightful Savignys scope in his review 1814 ⁽¹²⁾.

The juridical Profession prefers to mix the perspectives and to hold thereby her full autonomy and competence, esp. against the legislators. We see this in phenomena as the so called Scientific-Law. Here legal science as science may defend the status of autonomy. But it often and nearly mostly wants to be leading in dogmatics and legal politics too. These practical claims lead legal science in a problematic relation to the modern state and his law. And they have their philosophical background in the positions related above.

3. *Autonomous methods.*

Under the conditions of modern constitutional states therefore *another model* gets actual and became practiced, to avoid this

⁽¹²⁾ In *Göttingische gelehrte Anzeigen* 1814, p. 1929-1938, 1932: "Wie freute sich nun Recensent als er von seinem Freunde Savigny erfuhr, daß Dieser, trotz seiner Beschäftigung mit den gelehrtesten Untersuchungen über die Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, doch in einer eigenen Schrift die Wissenschaft gegen die Gesetzbücher retten wolle".

tensions. The autonomous role of legal science was accepted, but reduced, and with this the explaining role of history for dogmatics. That looks dangerous for history. But even when history is reduced to a servicing role in dogmatics, her remains a very broad task. The fundamental separation of laws in force and past law, of laws and politics, of law and history of law leaves space enough.

At first there emerges full space for autonomous scientific work — for example for the history of private law after 1900 with the BGB. ‘Scientific’ then doesn’t mean dogmatics and lawyers work. As in the narrower English sense of science it opens the space for any explanation and investigation in law as object. Past and present become equally relevant objects. Comparative law, e.g., becomes a free science and not a legal explanation of foreign laws. Law becomes explained in all ways one may think of, historically, philosophically, economically, socially, religiously, and so on. The idea of this modern concept of legal science includes history as an autonomous way of understanding. It has no practical inclusions but only the scientific aim of unconditioned understanding, independent of positive validity as actual law. Lawyers and historians work each with their autonomous methods. What is now their relation? The relation of law and history under the new constitutional conditions therefore is my next point.

III. *History and Law in the modern constitutional state.*

It is clear that this relation also depends on national conditions, traditions and much more, in short, on the legal cultures. But there are some common factors of interest.

There is no longer a *necessary relation*. Law in force *must not* be explained historically. Both aspects, the legal and the historical, may come together or not. The use of history becomes a question of scientific curiosity, of the quality of explaining, of her richness. But it is no longer a question of legally true and false. We have to decide.

If we want to understand our laws as a decisive element of our cultures, legal studies have to go much further than legal dogmatics. And surely we should do so too. In this way we speak today in Germany of legal history as a *fundamental discipline* in learning and

studying law (*Grundlagenfach*). In our culture we don't learn and study only the valid, positive laws.

As friendly this sounds as dangerous it may work in practice, e.g. on the universities. Fundamentals as history, in law often seem not equally 'important' in front of the overwhelming mass of dogmatics and law in force. But, we cannot simply enforce the interest for or the love of history. The matter are our cultural dispositions. They are building the intellectual claims of a culture. *If* we are content with a legal work and culture, which are regulating the daily interests somehow friendly and peacefully, this may seem enough to do for jurists. Social engineering was here the keyword since the 1930ies. It is not by chance an invention of the American New Deal.

It seems, as I dare to propose, that the enormous *actual welfare of our western European societies* — in spite of the financial crisis, is not very stimulating for scientific interest in law and history and their presuppositions. Perhaps we must accept: Who is living so well, doesn't need much reflection. This rather general idea should be researched-naturally. In times of crisis, e.g., the interest consequently seems to return. In the moment we look keenly back to bankruptcy and financial matters in history. In this aspect it seems by no means astonishing, that the *geschichtliche Rechtswissenschaft* of Savigny came out 1815 after a time of heavy crisis. In the same feeling grew the New Historical School mentioned above. As Savigny explained his students in 1808: "Now *all* has changed. New codes have emerged everywhere, and what yesterday seemed necessary and useful, now seems to many people as useless and pernicious." ⁽¹³⁾

Historicizing those central models in this way may explain something and even clear up our own condition. The relation of legal history and actual legal science depends evidently on these conditions. We simply should hold this in mind when we speak about law and history.

⁽¹³⁾ Cited from the manuscript in Joachim RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (Münchener Univ. Schriften), Ebelsbach 1984 p. 427, my translation.

IV. *Perspectives today.*

What are the perspectives of legal history today? Which ways seem fruitful for legal history under the modern conditions?

1. *Legal science.*

The *legal element must be central* in our work, as we want to explain law and its functions. This sentence is not a tautology. Legal history may be seen as ending in social or cultural history, but that would be no longer legal history, but a part of general history. In the German seventies we had examples of renewing legal history in the new universities. Legal history should be no longer taught of jurists in the law faculties but of historians in the law curriculum. This was not successful. Besides all other factors, it seems important, that law in our culture is not only installed as a dependent part, but as an original element too. Law resolves special problems with special instruments. They have to follow the logic of justice, that is of equal treatment in time and space. This is an autonomous function of law, which gives the basis of an own method and history. Naturally we may the function of laws explain otherwise, but especially its modern function lies in its autonomous role. In any case modern law has an own history, with *Jhering* and contra *Marx* ⁽¹⁴⁾. This is not a contradiction, as the modern law works under constitutions and under her at least relative autonomy.

2. *A useful concept — Problemgeschichte.*

Research on this issue must be concrete. Is there a model for this task? I think yes, and therefore allow me to add some remarks about the concept of “*Problemgeschichte*”. History of problems and their solutions is a concept, which avoids the difficulties of both, of nude empiricism and of too general historical metaphysics. *Two situations must be reflected.*

⁽¹⁴⁾ See my: *Autonomie des Rechts in historischer Perspektive*, Hannover 1988, p. 10 f.

(1) *“New” problems.*

At first it may be, that an actual legal problem didn't exist before or that a historic one does not exist longer. Then it is decisive, to clear the difference of the conditions and to connect the solutions with them (as *ceteris non paribus*).

E.g., the legal problem of *emancipating* a roman slave with his *peculium* and eventually special duties as *libertus*, exists no longer (in Europe).

Or, the problem of *resistance* to state power can appear only when states have emerged.

Or, the problem of *nulla poena sine lege* couldn't emerge without *lex*. Therefore it didn't exist in England. On the other hand it existed in a wider sense, as security problem, and was resolved since Magna charta in an own way.

These problems were or are different. The explanation has to consider this. Continuity doesn't fit here.

(2) *Long-time-problems.*

On the other hand there occur real *longtime problems*. Take the breach of contracts. Contracts come up already with the first invention of relations of exchange and they are used still. Therefore we can try to explain the different solutions over the times as variations (*ceteribus paribus*) under some specific conditions.

E.g., very much depends on the question whether a legal culture allows to enforce natural fulfilling (*specific performance*) or not. *If yes*, there must be a solution for the problems of impossibilities and of financial interest, *if no*, there is only a need for clearing the financial interest. In consequence, all depends on the context in process and execution and not merely in the so called substantial law (materielles Recht) as we call it in the younger continental tradition (not in Rome). Both perspectives, breach and process, then have to be combined in historical explanations ⁽¹⁵⁾ — and that was and is not simply natural.

⁽¹⁵⁾ This example is treated more intensive in my study: *Leistungsstörungen und Juristenidologien heute und gestern — ein problemgeschichtlicher Beitrag zum Privatrecht in Europa*, in *Festschrift für W. Kilian*, Baden-Baden 2004, S. 705-744.

3. *Law and History combined.*

In any way the concept of *Problemgeschichte* combines law and history under modern scientific conditions. It allows to connect law and history concretely and rationally, without universal presuppositions and narratives. Masters of this way and method were already *Ernst Rabel* and *Helmut Coing*, not surprisingly two masters of comparative law. They had learned how to compare and explain the solutions of actual laws (horizontally) and they were able to transfer the concept successfully to the vertical, historical perspective. In other disciplines the concept was known before, e.g. in the historical sociology of Max Weber (1922, *Wirtschaft und Gesellschaft*), in Literature by Rudolf Unger in Vienna (1929, *Prinzipienlehre der Literaturgeschichte*), in philosophy by Max Salomon (*Rechtsphilosophie* 1925) and later in philosophy by Karl Popper, in history by Otto Hintze, in present esp. by Otto-Gerhard Oexle⁽¹⁶⁾.

4. *An example.*

An example of legal history in this sense is actually growing up. I dare to speak of it, because it is the only one with a certain broadness. I know. And I may do so with some competence as I myself cooperated in the concept-finding as co-editor. Since about ten years about forty mostly younger legal historians in Germany are working together on the great task of an *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. We try to tell the stories of private law looking back from the solutions of the BGB to their historical evolution and conditions since Rome fully historical, not only along the different norm texts, and fully critical, not only looking on normative continuities, but on the whole historical context. Three big volumes are printed since 2003, two are in print, another three will be necessary. The plan is to combine Law and History, the real historical problems and the juridical answers and solutions. The contexts and alternatives matter, the real as the juridical ones. E.g., the risk-question mentioned above is answered in another way if You let fall off the contract itself and simply no action remains, or, in the

⁽¹⁶⁾ *Das Problem der Problemgeschichte 1880-1932*, ed. by O.-F. AEXLE, Göttingen Zous Föttingen.

contrary, if the contract is seen as implying the risk for one part, or, if you allow an special right to cancel the contract, or, if the servant or worker lives in the masters house and loses ‘only’ some cash, if working is not possible. Or, aside the variations of law, the worker may get another job without difficulties or the master find an alternative work for him. If legal history has in mind these contexts and is able to combine them historically, the results will be very interesting, for law and history.

5. *The five aspects of the relation.*

The relation-problem may be summed up in five aspects. If we accept the modern separation of law past and law present there remain mainly six possible, not necessary relations:

History as decoration and rhetorics;

History as apology;

History as criticism;

History as support for a the understanding of certain actual norms;

History as clearing the contexts of laws in their time;

History as clearing some fundamental lines back.

A wide and fruitful landscape lies open.

V. *The Themes of Legal History.*

The invitation asked also for themes and problems in Legal History. We had the chance to hear in these days some masterly reports. As I already mentioned some problems, I may add only a little quasi statistical experience.

On the occasion of the 150th anniversary of the wellknown journal *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* in 2008, I wanted to get a more serious impression of ‘my’ journals history (as coeditor) and looked through the volumes of the *Germanistische Abteilung* since 1980. The 28 years since 1980 seemed to be an interesting period. “Germanistisch” is the ‘holy’ title since 1880. It naturally doesn’t mean, as meanwhile mostly, studies in German literature. And meant is also not only, and that is important here, the special German Law tradition, which was a national task since the

19th century and seen in contrast to the romanistic and canonistic traditions. Today “germanistisch” stands simply for *all* the legal history, which is not specialized either to Roman Law or Canon Law, the two other traditional parts of the journal.

The result of this study ⁽¹⁷⁾ showed in short the following themes: Dominating were studies on constitutional questions, judges and courts, legislations, sources of law. The so called “Dogmengeschichte”, that is studies on the evolution of private law texts on a special legal problem, often under discussion as method, appears astonishingly seldom — and on the other hand the so called “Sozialgeschichte des Rechts” too. All together we look on a rather peaceful pluralism, in substance as in methods. Most of You may remember the frequent debates on the legitimation of certain methods and themes of Legal History. They were produced not seldom in a little heated atmosphere and sharpness — in the pages since 1980 of this rather representative journal You’ll not find this atmosphere.

VI. *Résumé.*

“As broad as possible a picture” recommended the invitation for this lecture. As you saw, I didn’t understand this as the task, to present the many possibilities for the relation of law and history. I tried to give a very *concentrated typology* of them, or better, of two decisive models. In this intention I remembered on the models of the famous *Hugo* and *Savigny*, both with intensive philosophical background, the one critical and sceptical on the concept of universal sentences and continuities, and the other optimistic and enforcing them. The philosophical presuppositions of their models of understanding law and history were very different. These two models are still vitally in vigor.

We live and work two hundred years later. Conditions have changed. Our explanations and methods in law and history have to be aware of the *constitutional state*. That isn’t already an apology, and not at all for something as legal absolutism in the sense of Paolo

⁽¹⁷⁾ See the full study with tabels in: 125 Jahre ZRG, ZRG GA 126 (2009) p. XLVI-LI.

Frassi. The fact is only, that the constitutional state exists since a relevant time as a new legal and real context and condition. ‘He’ wanted and succeeded to reduce the old, more open combination of law and history, and thereby the *autonomy of the law profession* too. Law practice should now set free of history, this hardly to control chameleon. The relation of law and history proved its normative implications.

My typological concentration follows the idea, that we need those *typologies for orientation*. They are not simply true or not true. They serve to understand relations and tendencies. They build constructions, but not free handling ones. They are carefully looking on the ‘veto of the historical sources’ (R. Koselleck 1977⁽¹⁸⁾). In any case, the antagonism of historical metaphysics and positivism of facts is not longer convincing. Even the paradox of hermeneutics can be left aside. Naturally, our views are conditioned by our looking point. But this doesn’t alter the possibility to research on certain problems with certain sources. We only shouldn’t try to understand *all*.

Let me conclude with the words of perhaps the best known German ‘scientist’ about the aim of its work. Its central desire was, as he said, “That I may understand whatever binds the world’s innermost core together” (*was die Welt im Innersten zusammenhält*), “see all its workings, and its seeds” (*schau in alle Wirkenskraft und Samen*), “deal no more in words’ empty reeds” (*und tu nicht mehr in Worten kramen*) — this very eager aim seduced the German Faust (*Faust I*, 1808, v. 383) successfully and lead him in vain around the whole world.

We should not follow this idea.

(18) In, *Standortbildung und Zeitlichkeit...*, in R. KOSELLECK, W.J. MOMMSEN, J. RÜSEN (ed.), *Objektivität und Parteilichkeit in der Geschichtswissenschaft...*, 1977, p. 17-46 (45); more esp. in Karl ACHAM, *Geschichte und Sozialtheorie. Zur Komplementarität kulturwissenschaftlicher Erkenntnisorientierungen*, Freiburg 1995, p. 231 ff., 235.

RICARDO MARCELO FONSECA
TRA MIMESI E *JABUTICABA*: RECEZIONI E
ADATTAMENTI DELLA SCIENZA GIURIDICA
EUROPEA NEL BRASILE DEL XIX SECOLO ⁽¹⁾

Quando si affrontano, almeno in Brasile, i rapporti esistenti tra storia e scienza giuridica, la discussione sulla forma della recezione delle idee straniere emerge in primo piano. Si è stratificato, infatti, nell'ambito della sociologia della cultura e nella critica letteraria, un espressivo accumulo di discussioni circa il modo e le funzioni delle teorie nordamericane e soprattutto europee, in Brasile, in tutto l'arco temporale tra il periodo coloniale ed il XX secolo.

Un esempio emblematico di tali dibattiti è il saggio (ormai classico) di Roberto Schwarz su "le idee fuori posto", in cui affronta la cultura del "favore" e del liberalismo brasiliano del XX secolo, soprattutto in relazione alla questione della schiavitù ⁽²⁾.

Siccome l'obiettivo non è oggi quello di dibattere su quel testo, 1) lascio da parte l'affermazione (a mio avviso equivoca) della tesi di una radicale incompatibilità tra liberalismo e schiavitù (e le sue altre derivazioni, quale la presunta, immanente, incongruenza tra schiavitù e regime costituzionale, oppure tra schiavitù e codificazione): incompatibilità smentite dalle stesse pratiche istituzionali negli USA e in Europa; 2) lascio pure da parte il patrimonio teorico del grande dibattito suscitati da quel testo (da parte di Maria Sylvia Carvalho Franco, ma anche di Alfredo Bosi ⁽³⁾); 3) e devo infine ignorare lo

⁽¹⁾ Traduzione: Luis Ernani Fritoli (UFPR).

⁽²⁾ SCHWARZ, Roberto, *Ao vencedor as batatas*, 4ª ed., São Paulo, Duas cidades, 1992, págs. 13/28.

⁽³⁾ FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho, *As idéias estão no lugar*, in *Cadernos de debate 1*. São Paulo, Brasiliense, 1976 e BOSI Alfredo, *Dialética da colonização*, São Paulo,

sforzo di risposta e chiarimento fatto dallo stesso Schwarz ⁽⁴⁾. Sottolineo soltanto che nell'ambito degli studi culturali e della storia intellettuale questo è un tema ricorrente, relevantissimo e per lo più ancora aperto.

Nell'ambito della storiografia giuridica brasiliana invece, questo sembra essere un tema ancora, quasi del tutto, da affrontare.

In ambito europeo, per quanto riguarda la discussione su queste forme di “trapianti culturali”, molto s'è detto sulle teorie della “recezione” (soprattutto affrontando il modo e le peculiarità del recupero e adattamento del lascito del Diritto Romano nell'Europa medioevale ma anche moderna). Nel caso brasiliano però sembra che queste analisi si fermino davanti a un bivio tra due alternative abbastanza unilaterali: da un lato ci sono autori che sostengono che il Brasile, guardando soprattutto l'Europa come modello istituzionale e intellettuale, faccia una copia o trasposizione più o meno fedele degli autori portoghesi, francesi o tedeschi che qui erano (o si supponeva fossero) letti. Per questa via alcuni dei nostri giuristi — almeno in ambito intellettuale — sarebbero veri trapianti e alter ego dei modelli europei (registro qui per esempio quelli che vedono autori come Tobias Barreto quale vero tedesco radicato in modo inavvertito nel nordest brasiliano del secondo ottocento, oppure Teixeira de Freitas come un grande teorico del “System” “avant la lettre”). Saremmo *mimetici* per eccellenza. Dall'altro lato, tuttavia, ci sono autori che, immersi nell'estrema peculiarità del nostro sistema periferico, schiavista e appena uscito dal giogo coloniale, cercano di capire la produzione della nostra cultura giuridica come assolutamente indipendente, diversa e autonoma rispetto alle radici intellettuali europee. In questi studi molte volte (ma non solo) si accentua l'originalità, la pluralità, oppure il pluralismo giuridico che darebbe colori assolutamente unici a questa frazione latino americana pluri-

Companhia das Letras, 1992, págs. 194 e segs. e BOSI, Alfredo, *Ideologia e contraideologia: temas e variações*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

⁽⁴⁾ Soprattutto in SCHWARZ, Roberto, *Martinha versus Lucrecia: ensaios e entrevistas*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, pags. 165 e segs.

razziale che fu occupata, invasa e sfruttata dall'europeo portoghese. Saremmo come una *jabuticaba* ⁽⁵⁾.

Sembra opportuno affrancarsi da queste alternative e riconosce-re, da una parte, che il riferimento culturale europeo (soprattutto in ambito giuridico) non era eludibile. Il progetto politico e giuridico del Brasile indipendente porta con sé l'idea di uno Stato costituzionale, un elenco di diritti individuali, la protezione della proprietà (come negli analoghi modelli europei), presuppone la divisione dei poteri (introducendo qui la peculiarità francese — inventata da Benjamin Constant — del quarto potere), l'installazione di tribunali e pure la necessità di promulgazione dei codici — documenti giuridici per eccellenza del progetto di modernità giuridica borghese ⁽⁶⁾. In effetti, subito dopo l'indipendenza, nel 1822, s'impose il regime della costituzione del 1824, si ebbe la produzione di innumerevoli codici (criminale nel 1830, processo criminale nel 1832 e commerciale nel 1850) e benché non abbiamo avuto (e ciò è una nostra peculiarità) l'edizione di un codice civile nell'Ottocento, la "volontà di codificazione" e la presenza simbolica del codice era indiscutibile — non solo per via del "progetto" avviato col testo stesso della Costituzione imperiale, non solo per via dei vari progetti e commissioni installati e dissoltisi nel secondo Ottocento, come, e soprattutto, a causa della presenza di questa questione sia nella dottrina sia nella giurisprudenza di quel periodo. Il codice civile in Brasile era, in modo sensibile, una *presenza assente*. Insomma la volontà di modernizzarsi negli ambiti politici e giuridici — prendendo come indiscutibile archetipo soprattutto il modello e la scienza giuridica europea — era un'evidenza confessata dagli stessi autori del momento.

D'altra parte, certo, è assolutamente necessario riconoscere che i limiti di quel progetto erano altrettanto evidenti: l'assenza della circolazione culturale erudita (come avveniva negli ambienti che facevano da modello), le strutture sociali più arcaiche, la relativa

⁽⁵⁾ La *jabuticaba* — frutto dolce, saporito e che cresce direttamente dal tronco dell'albero — è spesso definita come una peculiarità unica e tipica del Brasile.

⁽⁶⁾ GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2007, pp. 85 e ss. CAPPELLINI, Paolo, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 11 e ss.

poca effettività dello Stato (ovvero del progetto politico giuridico statale) nell'ambito delle province più distanti dalla Corte erano elementi che coloravano la "brasilianità" dell'applicazione delle istituzioni.

Ed è proprio in tale insieme di situazioni complesse che mi pare debba essere valutata, nell'ambito del pensiero e della cultura giuridica, la recezione della eredità europea. Il modo assolutamente peculiare in cui furono ricevute, selezionate, studiate, accomodate e applicate le teorie giuridiche in Brasile è una chiave centrale, a mio avviso, per poter capire la nostra storia del diritto nel XIX secolo. Ma questa mi pare pure un'impresa cruciale per contribuire alla comprensione delle specifiche peculiarità della radicazione del progetto di Stato Brasiliano post-indipendenza, che assume senza ombra di dubbio il profilo di Stato liberale, che persegue nell'ambito formale l'idea di costituirsi in "Stato di diritto" e a partire da ciò struttura le sue istituzioni.

Esempio emblematico di questa situazione di complessa transizione — e allo stesso tempo una pista importante sui peculiari contorni della recezione, adattamento e creazione del tessuto culturale del diritto privato brasiliani dell'Ottocento — è la produzione del giurista baiano Augusto Teixeira de Freitas: noto come il "grande giureconsulto dell'impero" (7), fu lui il primo incaricato dall'imperatore di elaborare un progetto di codice civile — circostanza questa, certo non di poco conto. D'altra parte, la sua produzione accademica, benché attraversi fasi abbastanza distinte, è lungi dal sembrare poco importante. Inoltre non si può negare l'evidenza dal momento che la sua produzione teorica (particolarmente la sua *Consolidação das Leis Civis* (8)), dopo essere stata lanciata, servì

(7) "O jurisconsulto do império" è il titolo della biografia di Teixeira de Freitas scritta dal noto civilista brasiliano Silvio Meira (Rio de Janeiro, Jose Olympio editor, 1978).

(8) La "Consolidação das leis civis", com'è risaputo, fu un lavoro preparatorio portato a termine da Teixeira de Freitas dopo che fu incaricato dal governo imperiale di elaborare il progetto di codice civile dell'Impero. L'idea dell'autore era quella di sistematizzare la legislazione vigente nell'ambito del diritto civile dell'epoca, che era estremamente labirintica in quel momento, poiché composta dalla Legislazione portoghese (che il governo post-indipendenza mantenne in vigore), dalle leggi brasiliane che erano state emanate sin dall'indipendenza, dalle leggi di paesi stranieri (le leggi delle

addirittura in grande misura da guida della legislazione civile brasiliana vigente, facendo le veci di un codice ancor prima del codice ⁽⁹⁾.

Visto da molti come un vero “genio della razza”, orgoglio della scienza del diritto brasiliana e precorritore di direttive che più tardi sarebbero state addirittura adottate dal BGB tedesco, in realtà Teixeira de Freitas, una volta guardato da vicino, dimostra eclatanti peculiarità.

Se da una parte Teixeira de Freitas aderisce alla difesa dell’obiettivo di raggiungere la completezza del sistema giuridico (idea tipicamente liberal-moderna) e considera anormale che il sistema giuridico lasci spazio a lacune e zone di non definizione, dovendo invece essere chiaro e “completo” ⁽¹⁰⁾, e sul piano della teoria delle fonti rivela un non nascosto legalismo — caratteristica basilare del diritto a partire dal secolo XIX ⁽¹¹⁾ —, dall’altra il giurista baiano

nazioni “colte e civilizzate” che la Legge della Buona Ragione del 1769 aveva accolto presso la struttura giuridica portoghese) e dalle Ordinazioni Filippine. Fu pubblicato, in prima edizione, nel 1857. Era composto da una lunga “Introduzione” e dalla “Consolidazione” propriamente detta, che cercava di esprimere, in articoli succinti (seguendo il modello dei documenti codificatori del secolo XIX), quello che sarebbe stato l’insieme normativo vigente nel Brasile dell’epoca.

⁽⁹⁾ Cfr. sul tema BARBOSA, Samuel, *Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação*, in FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton (orgs.), *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade jurídica*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 370 e sgg. In questo stesso senso, in una ricerca di dottorato sul diritto di proprietà nel Brasile del XIX secolo, si è verificato che su un totale di 56 giudicati sul tema del dominio e della proprietà, la ‘Consolidação das Leis Civis’ appare come testo citato 44 volte, evocato in 22 giudicati (quindi quasi il 40% delle decisioni consultate). Ci si rende conto, quindi, come questa attività di Teixeira de Freitas sia stata cruciale in termini istituzionali nell’ambito della cultura giuridica brasiliana del XIX secolo. Cfr. STAUT JR., Sergio Said, *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916*, Curitiba (tesi di dottorato di ricerca — UFPR), 2009, p. 196. I risultati dell’indagine possono leggersi in STAUT JUNIOR, Sergio Said, *A posse e os juristas brasileiros da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916*, in FONSECA, Ricardo Marcelo (org.), *Nova história do direito brasileira: ferramentas e artesanias*, Curitiba, Juruá, 2012, pp.129 e sgg, specialmente p. 166.

⁽¹⁰⁾ D’altronde lo stesso Teixeira de Freitas sostiene nella “Introduzione” che le “Ordinazioni, che sono poverissime, reclamavano copioso supplemento”: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Introdução*, in *Consolidação das Leis Civis* (publicação do Governo do Brasil), Rio de Janeiro, Typographia universal de Laemmert, 1857, p.VII.

⁽¹¹⁾ “Le cose sono arrivate a tal punto che si conosce e studia il nostro Diritto meno per le Leggi che lo costituiscono che non per i pratici che le hanno invase”

produce buona parte della sua base dottrinarina e scientifica fondandosi su giuristi appartenenti al periodo dello “*ius commune*”, oppure a quello dell’umanesimo giuridico cinquecentesco o a quello di un giusnaturalismo razionalista (o ancora su una commistione di tutto ciò) che si trovava a proprio agio (come un vero pesce nell’acqua) nell’ambito della riflessione giuridica del periodo pre-liberale/pre-moderno: è sufficiente riscontrare le innumerevoli citazioni di autori come Althusius, Hotman, Cujacio, Domat, Leibniz, Bentham, Mello Freire, Borges Carneiro, ecc.

Se da un lato dimostra un profilo formalista chiaro, aderendo alla nozione di sistema (“System”) che cominciava a prendere corpo scientifico nella riflessione tedesca di diritto privato dell’epoca, soprattutto tramite Savigny e Puchta (e più tardi la cosiddetta pandettistica di Windscheid)⁽¹²⁾ — nozione debitrice all’ambiente razionalista e appartenente all’*ethos* che permeava l’emersione delle scienze dell’uomo e che si adeguava completamente allo scenario ottocentesco liberale —, dall’altro attribuiva grande ruolo conformatore alla scienza dentro il “sistema”, facendo sembrare a volte che la sua lunga *Introdução* alla *Consolidação das Leis Civis* fosse, in grande misura, la *cornice teorica* che Teixeira de Freitas voleva imprimere all’ordine dei precetti che, più tardi, sarebbero stati ‘codificati’.

In questo giurista, nello stesso tempo emblematico e influente (perciò giurista modello), si possono riscontrare ancora peculiarità importanti nel processo di “rezezione” di tradizioni e di modelli per i giuristi. Teixeira de Freitas dimostra almeno due peculiarità importanti nel suo procedimento di ‘traduzione’ (dalla tradizione

(TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Introdução*, p. VIII). Così, nel passo in cui apparentemente svaluta la scienza in altri tempi centrale: “abbiano i professori libertà nella scelta del metodo più appropriato per facilitare l’insegnamento, però che non ci sia in ciò arbitrio. Il metodo influisce nella teoria, in materia di diritto positivo non deve mai contrariare il pensiero legislativo, deve solo spiegarlo” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Introdução*, p. XXXIX).

⁽¹²⁾ Come, emblematicamente, si può leggere in CAPPELLINI, Paolo, *Systema iuris*, II, *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985; oppure in LOSANO, Mario G., *Sistema e estrutura no direito*, vol. 1, *Das origens à escola histórica*, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

europea al sistema brasiliano) che sembrano avere un peso significativo nella formazione della cultura giuridica nazionale.

Innanzitutto per quanto riguarda il suo linguaggio. La *Consolidação* si presentava come una mera raccolta della legislazione vigente in quel momento, per preparare il lavoro posteriore di codificazione. Ma, in termini di linguaggio, c'è una piena soluzione di continuità (un vero iato, una grande cesura) tra il modo in cui erano scritti i documenti giuridici premoderni ('materia prima' del lavoro consolidatorio di Teixeira de Freitas) e il modo in cui iniziano ad essere scritti i documenti giuridici moderni. Quel che si vuole dire qui è che l'operazione stessa di trasposizione del linguaggio dei documenti giuridici che Teixeira de Freitas affrontava (provenienti prevalentemente da epoche pre-liberali) per il testo della consolidazione dimostrava già un lavoro di traduzione/creazione abbastanza evidente. Infatti i testi 'legislativi' dell'antico regime avevano caratteristiche molto differenti dallo standard legislativo post-rivoluzionario: erano lunghi, argomentativi e intrisi di uno stile molto proprio e peculiare. Tutto ciò verrà 'tradotto' nella *Consolidação* in termini di dispositivi numerati in forma di articoli con redazione diretta e chiara. È anzi proprio questo l'obiettivo dichiarato dallo stesso consolidatore: "la consolidazione verrà fatta in articoli e titoli, nei quali saranno ridotte a proposizioni chiare e succinte le disposizioni in vigore" (13). Questa 'trasposizione' lessicale e di stile non deve essere trascurata. La differenza nella forma di esposizione dei precetti porta con sé anche una differenza nella forma di concepire il diritto: da un modo complesso, labirintico, pieno di mediazioni e bilanciamenti, il linguaggio si trasforma ed assume una forma diretta, concisa, che possiede una funzione chiara di comando. Se tutto il processo di traduzione è prevalentemente un lavoro di trasposizione linguistica che è anche trasposizione culturale — e, perciò anche in larga misura *procedimento di creazione* — il modo in cui il nostro tessuto normativo e dottrinario venne ad essere formato, non fu per niente esente da questo processo inventivo.

In secondo luogo, e soprattutto, non può essere sottovalutato neppure il modo in cui Teixeira de Freitas, apparentemente nel solo

(13) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Introdução*, p. VI.

‘consolidare’ la legislazione preesistente, in realtà non si limitava a cambiare solo il linguaggio e lo stile (come sopraindicato), ma apparentemente attribuiva anche un senso diverso — addirittura sovvertiva — quegli stessi testi che pretendeva soltanto di riunire. In altri termini: nell’occasione della ‘consolidazione’ dei testi vigenti non solo trasformava il linguaggio; il modo in cui selezionava, scriveva ed esprimeva le materie aveva un forte carattere di *reinterpretazione e ricreazione*.

Faccio un esempio, concernente il dominio. All’inizio del “Titolo I” (“Del dominio”) del Libro II (“dei diritti reali”) della sua consolidazione, Teixeira de Freitas definisce il dominio nel seguente modo: “Art. 884. *Consiste il dominio nella libera facoltà di utilizzare e disporre delle cose, e di richiederle per Azioni reali*”. Sostiene il giurista baiano che questo dispositivo si ispira a varie disposizioni dei libri 3° e 4° delle Ordinazioni (che cita in calce). Ma se si rileggono con attenzione i dispositivi delle ordinazioni, questa relazione diretta non si nota. Per esempio, il titolo XXI del Libro 3° delle Ordinazioni (disposizione che lui colloca come fonte per il suo articolo 884), tratta dell’ipotesi della domanda che riguardi cose mobili nel caso il convenuto non abbia beni esecutabili (sembra piuttosto una disposizione di conio processuale che non di diritto sostanziale); il titolo X del Libro 4° delle Ordinazioni tratta delle ipotesi di vendite e alienazioni di cose sulle quali incombono litigi giudiziali; il titolo 11 del Libro 4° delle Ordinazioni invece tratta della “proibição de constrangimento” di vendere i beni ad altri (soprattutto della propria famiglia); e finalmente il titolo XXXVI del Libro 4° delle Ordinazioni tratta dell’ipotesi che qualcuno muoia senza aver nominato qualcun altro per la “propriedade de foro”.

Come si può vedere, le ipotesi e le disposizioni presenti nelle Ordinazioni Filippine che sono invocate da Teixeira de Freitas come “fonti” del testo consolidato nell’articolo 884, benché appartengano ai rapporti degli uomini con le cose (le relazioni reali), sono lungi però da quello che Paolo Grossi ha definito paradigma “napoleonico pandettista”⁽¹⁴⁾ della proprietà, che costituì, in termini di diritti reali, una rottura formidabile (moderna) rispetto al periodo anterio-

(14) GROSSI, Paolo, *História da propriedade e outros ensaios*, trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 10 e sgg.

re (pre-moderno). Le disposizioni delle Ordinazioni Filippine citate si inquadrano perfettamente in un'epoca pre-liberale, periodo reicentrico e non individualista. Tuttavia, nel testo della 'Consolidação', Teixeira de Freitas fa sì che quelle disposizioni siano cariche di completo individualismo proprietario, tipico del periodo posteriore (in cui la proprietà "è la proiezione dell'ombra sovrana del soggetto" ⁽¹⁵⁾, per ripetere nuovamente le parole di Grossi). Teixeira de Freitas non dirà (come recita l'art. 544 del codice civile francese) che la proprietà è il diritto di godere della cosa "nella maniera più assoluta" e neppure dirà (come l'art. 17° della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789) che la proprietà è un diritto "sacro", ma dispone che il dominio è la *libera facoltà* di usare e disporre delle cose. Quando parla di libertà e di facoltà, il fuoco presente originariamente nelle ordinazioni si sposta verso una piega chiaramente centrata sulla figura del soggetto proprietario. Si avvicina alle definizioni che la maggior parte dei codici ottocenteschi seguirà rispetto alla proprietà, definendola appunto tramite i *poteri* (nel caso, di usare e disporre) che il soggetto ha rispetto alla cosa. Insomma, si trasfigura il testo delle Ordinazioni (edito nel 1603 e che è espressione tipica dello "ius commune", cioè di un apprezzamento originariamente medioevale dell'esperienza giuridica) in dispositivo individualista, moderno, coi tratti dei codici ottocenteschi. L'operazione di 'Consolidazione', come qui si vede, va molto oltre la semplice 'riunione dei testi' vigenti. Vi fu senza dubbio un carattere creatore e conformatore (trasmesso tramite il discorso "scientifico" di cui Teixeira de Freitas voleva essere il portavoce) di un certo diritto, un diritto non ancora legge, non promulgato, ma che a partire da allora godrà di prestigio e addirittura di vigenza: non si può dimenticare che dopo la promulgazione e divulgazione della Consolidazione (considerato il fallimento dei tentativi di codificazione fino al 1916), questo testo fece da guida nella giurisprudenza e nella dottrina brasiliana per decenni.

Ma Teixeira de Freitas è qualcosa di più di un personaggio di transizione (come lo furono tanti altri). Nella misura in cui prese su di sé il compito di 'consolidare' il diritto civile brasiliano prima di

⁽¹⁵⁾ GROSSI, Paolo, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida Editori, 1980, p. 23.

produrre il progetto di codice, compì pure, fino a un certo punto, un compito di *produzione* di un ordinamento giuridico. Fu un vero inventore (travestito da compilatore di un diritto presuntivamente vigente). Nel cercare di fare il *traduttore* di un'esperienza giuridica che a tutti sembrava confusa e labirintica, finì per farne il *traditore*, dato che in una qualche misura la superò e la sovvertì, in essa proiettando (mentre affermava di 'consolidarla' soltanto) quel che in essa non esisteva. L'adagio della lingua italiana che ricorda come il traduttore di un testo è sempre vicino al *proprio* tradimento (*traduttore/traditore*) sembra calzare a pennello al cosiddetto "giureconsulto dell'impero".

Torniamo a Roberto Schwarz: nell'analizzare la recezione delle idee europee in Brasile, la "vicenda emblematica" di Teixeira de Freitas sembra dimostrare che le idee non erano né "fuori posto", né completamente "a casa" in una peculiarità indigena, *tupiniquim*, che ad esse potesse dare un'assoluta tipicità. Non c'era (e non poteva esserci, in territori storici così diversi) una mimesi assoluta; ma non si può nemmeno considerare che la nostra esperienza giuridica fosse unica, così radicalmente brasiliana come una *jabuticaba*. Le idee facevano (e fanno) parte di un gioco storico complesso — che si alimenta di transizione, di tensione, di circolazione culturale, in cui la scienza giuridica europea visse, in un terreno molto peculiare, una rilettura e una ricreazione — che però non deve essere ritenuta una distorsione; avrà piuttosto il significato di aver assicurato una nuova vita alla scienza giuridica europea.

**OLTRE LE STORIE NAZIONALI:
SPAZI E CONFINI
NELLA STORIA GIURIDICA**

ITALO BIROCCHI
OLTRE LE STORIE NAZIONALI: DALLA STORIA
DEL DIRITTO ALLE STORIE DEL DIRITTO

1. Un prologo: gli studi sul diritto comune negli anni Trenta del Novecento. — 2. Il significato simbolico delle bolle alessandrine. — 3. Geometri, architetti in missione di definizione e di accertamento del diritto patrio. La metafora del catasto. — 4. La nascita della storiografia giuridica nazionale. — 5. La crisi del modello nazional-statalista: la scoperta del diritto comune. — 6. La storia e l'Enciclopedia del diritto. — 7. Dalla storia alle storie del diritto.

1. *Un prologo: gli studi sul diritto comune negli anni Trenta del Novecento.*

È negli anni Trenta del Novecento che si avvia il processo di riappropriazione di spazi transnazionali da parte della storiografia giuridica italiana. Fin troppo facile individuare negli studi sul diritto comune il segno di tale riappropriazione, che tuttavia avvenne con manifestazioni non univoche.

Sebbene fossero molti gli storici del diritto allora attratti dal tema del diritto comune — su cui unanimemente si lamentava « la mancanza, non solo di una vera e seria attività scientifica, ma addirittura anche di una concezione esatta del suo contenuto » ⁽¹⁾ — non sembra azzardato affermare che l'impulso maggiore si deve a Francesco Calasso, che forse in ciò sfruttava la duplice condizione di aver assorbito l'insegnamento di un maestro come Brandileone, il quale tra gli ultimi scritti pubblicava un saggio sull'*utrumque ius* ⁽²⁾,

(1) E. CARUSI, *Utrumque ius. Problemi e prospettive*, in *Acta Congressus iuridici internationalis*, Romae, Pontificium Institutum utriusque iuris, II, 1935, p. 547.

(2) F. BRANDILEONE, *I "due diritti" e il loro odierno insegnamento in Italia*, in « Nuova Antologia », 63, 1928, fasc. 1352, pp. 238-255.

e di essere tra i più giovani esponenti di quella generazione di trentenni che si affacciava allora a una riflessione sul diritto comune non troppo carica delle ipoteche positiviste della storiografia precedente ⁽³⁾. La sua visione non si limitava a proporre una ricostruzione ariosa e mossa dell'esperienza giuridica, incentrata sulla pluralità degli ordinamenti, ma apriva i confini e popolava i territori con il protagonismo dei soggetti chiamati a interpretare e in fondo a costruire tali ordinamenti. Dallo studio su *La legislazione statutaria dell'Italia meridionale* a quello sulla *convenientia* sino a *Il negozio giuridico*, passando per gli *Ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, oltre, ovviamente, ai ripetuti contributi dedicati al diritto comune, è un pullulare di enti e di soggetti individuali, la cui attività era ricostruita in una dialettica continua fatta di *chartae* e di consuetudini, di statuti e legislazioni, di *corpora iuris* e di *interpretationes*. Calasso dava voce a giuristi pratici o di scuola proponendo una trama che era tecnica, ma nel contempo espressione di vita vissuta, come le fonti del diritto, di cui pure lo storico mai ritenne che si potesse fare a meno sia nell'attività scientifica sia nei corsi universitari; e le biografie intellettuali dei costruttori — un Bartolo e un Luca da Penne, oppure un Marino da Caramanico — prendevano slancio individuale e assumevano risalto grazie anche all'interesse per la circolazione dell'opera a cui egli era particolarmente attento.

Il problema era quello del ruolo della storia del diritto. Pur con tendenze non uniformi, il *Leitmotiv* dominante riduceva essenzialmente la storia giuridica ad antecedente dello Stato unitario o anche a sua preparazione, per essere espressione di una cultura nazionale che, formatasi nei secoli alto e bassomedievali, si sarebbe consolidata

⁽³⁾ Quanto all'età, basti dire che nel 1933 il non ancora trentenne Calasso si misurò sul tema dell'insegnamento del diritto comune con Salvatore Riccobono, scegliendo la medesima forma della lettera aperta che aveva usato poco prima il prestigioso romanista siciliano (v. oltre, § 5). Già nel 1952 un osservatore attento come Mitteis metteva in evidenza il ruolo innovatore di Calasso, dedicandogli parecchie pagine in una rassegna dedicata alla storiografia giuridica italiana da Pertile in poi; intelligentemente l'autore avvertiva che non era ancora possibile esprimere un giudizio compiuto sull'opera del maestro della Sapienza, anche se non rinunciava a sollevare alcuni dubbi sulla coerenza dell'impianto e sulla fondatezza storica dell'analisi (H. MITTEIS, *Zur Lage der rechtsgeschichtlichen Forschung in Italien*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», G.A., LXIX, 1952, pp. 225-238).

in età moderna e avrebbe spinto perché l'unità culturale e giuridica si trasfondesse in unità istituzionale e politica. In tutti i casi, il ruolo della storia era funzionale a giustificare l'esistente diritto positivo.

La crisi, che, come è noto, aveva investito il modello statale nei valori individualistici che ne stavano a fondamento, non poteva non riguardare anche l'ideologia che aveva sorretto lo sviluppo della storiografia giuridica. Con una avvertenza, tuttavia: nella riflessione per fuoriuscire dalla crisi del modello ottocentesco i profili nazionalisti non solo non erano stati abbandonati, ma anzi erano stati esaltati dalla retorica della Grande guerra, prima, e del fascismo, poi. Ecco, proprio mentre in Italia il regime chiudeva la questione romana con i Patti del '29 e lo stesso Vaticano sembrava aprire una nuova tappa nella sua storia dandosi per la prima volta un codice conchiuso di regole e mentre nella Germania si assisteva alla declinazione oscenamente nazionalistica del germanesimo, ripensare alla cultura universale insita nella tradizione romanistica e canonistica poteva essere il terreno per delinearne nuovi sentieri (4).

Il diritto comune poté dunque essere assunto come la chiave di volta per ripensare al ruolo della storiografia giuridica rispetto al diritto vigente. Non sorprende che in Calasso l'interesse centrale fosse ancora rivolto al Medioevo, come nella tradizione storiografica consolidata. Era infatti nell'età di mezzo che facilmente si potevano trovare esempi di esperienza utili per prospettazioni diverse rispetto al *Leitmotiv* di cui si è detto. Sarà un'emersione faticosa e contrastata ed è la storia che giunge sino a noi.

(4) Considerazioni trasparenti in E. CARUSI, *Utrumque ius*, cit., spec. pp. 545-546. L'autore, che insegnava Diritto comune e che fu *magna pars* del Congresso tenutosi a Roma nel 1934, con riferimento alla Germania non esitava a parlare di "aberrazioni dalla realtà", tra le quali si erano scatenate le "tormente politiche". Sono note le critiche che gli vennero mosse come studioso di diritti orientali: cfr. la voce di C. Simonetti in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (secoli XII-XX)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone e M.N. Miletta, a c. di M.L. Carlino, G. De Giudici, E. Fabbricatore, E. Mura, M. Sammarco, Bologna, il Mulino, 2013 (d'ora in poi: DBGI), I, pp. 471-472. Sulla ripresa della germanistica nella cultura degli anni Trenta v. anche E. CONTE, *Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo*, in « Rivista internazionale di diritto comune », 17, 2006, pp. 304-305.

2. *Il significato simbolico delle bolle alessandrine.*

Conviene fare un passo indietro, allorché, tra scisma e Riforma e con il raggiungimento delle sconfinite Americhe, dal punto di vista europeo il mondo si allargava all'umanità e nel contempo si settorializzava negli ordinamenti giuridici degli Stati.

Le bolle alessandrine (1493) sono emblematiche, giacché se da un lato il pontefice spagnolo ribadiva la superiorità universale di Roma, dall'altro tracciava concretamente una linea di confine che segnava la rispettiva *iurisdictio* per le due monarchie iberiche ⁽⁵⁾. Universalità e però confini tra giurisdizioni: una commistione destinata a giocare su più piani, poiché la civiltà giuridica occidentale si pretende universale nei suoi principi, ma ne frammenta la gestione in tante giurisdizioni statali, ognuna gelosa della propria sovranità. In particolare, la strada della "inclusione" degli indî nel sistema di valori giuridici occidentali era segnata, secondo modalità che confinavano l'"incluso" in una posizione subordinata in nome della civilizzazione cristiana ⁽⁶⁾. Si determinava un profilo attinente in primo luogo allo statuto dell'indio, ma che si rifletteva in tutti i rapporti in cui questi era parte all'interno di *iurisdictiones* sotto il controllo dello Stato (ad esempio, nel sistema dell'*encomienda*).

Il significato dell'impatto col Nuovo Mondo fu profondo in ambito giuridico, come già indica il silenzio, per decenni, dei civilisti, e gli scarsi interventi dei canonisti, incapaci, prima, di concepire la novità dei problemi e, poi, di dare loro una soluzione. Certo, scoperte di territori e popolazioni non erano nuove; ed è indubitabile, poi, che quella scoperta non influì immediatamente sulla sfera giuridica dei soggetti, ovvero sui loro *status*, che continuarono a modularsi ancora secondo una geometria variabile, nell'intersecarsi delle molteplici e compresenti appartenenze: gli ordi-

⁽⁵⁾ I testi delle bolle si possono leggere in *America pontificia primi saeculi evangelizationis 1493-1592*, ed. J. Metzler, I, Città del Vaticano, Libreria editrice Vaticana, 1991, pp. 71-83. Sulle bolle, nella vastissima letteratura, v. il classico A. GARCÍA GALLO, *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansion portuguesa y castellana en Africa e Indias*, in « Anuario de historia del derecho español », XXVIII-XXVIII, 1957-58, pp. 461-829.

⁽⁶⁾ Mi ispiro a P. COSTA, *Pagina introduttiva*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXIII-XXXIV, 2004-05, spec. pp. 6-8.

namenti non mutarono il carattere di sistemi a sfaccettatura prismatica, con un complesso gioco di fonti disposte orizzontalmente e verticalmente.

E tuttavia i cambiamenti in atto, pur dagli effetti non subitanei, furono epocali. Le terre con cui si veniva in contatto — con processi di scoperta a loro volta lunghissimi — si mostrarono ben presto così sconfinata e le popolazioni così diverse (cioè dotate di una propria storia) da non poter essere più assorbite, come in passato, secondo i consueti rapporti di integrazione o estraneità, di amico o nemico, o magari nella forma neutra dell'attività di scambio; la nuova situazione imponeva un ripensamento dei tradizionali canoni con cui venivano impostati i rapporti con le genti e gli spazi nuovi. *Res nullius* di cui appropriarsi? Così potevano pensare i rozzi *conquistadores*, che osavano comportarsi di conseguenza. Ma gli indi non erano *res*, bensì *personae*, come da Paolo III in poi (1537) era d'obbligo affermare, ed avevano proprie organizzazioni e propri modi di condurre la vita. Altrettanto è da dire dei mari e oceani: sempre meno ignoti e invalicabili e invece tramite per commerci e relazioni umane. Il mare era *res communis* e dunque libero? Oppure proiezione del vivere umano e in qualche modo assoggettabile ad appropriazione o a limitazione d'uso?

Quanto allo scisma innescato da Lutero, esso investì la Chiesa nel profondo, era radicato nella cultura umanistica e però coinvolse anche gli strati popolari, e dunque si espanse nel continente e in Gran Bretagna, dando luogo a Chiese diverse. Roma, come istituzione, e in prospettiva il suo diritto canonico non potevano più pretendere di essere i depositari esclusivi di valori universali e sovraordinati. Come ha sottolineato Berman, sotto il profilo giuridico una nuova forza propulsiva — promotrice di una vera e propria rivoluzione — è da riconoscere nelle correnti protestanti affermatesi agli inizi del Cinquecento (7).

Questi avvenimenti si innestavano nell'avviata formazione di

(7) H.J. BERMAN, *Law and Revolution*, II (2003), ed. ital. a c. di D. Quagliani, *Diritto e rivoluzione*, II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 2010 (una discussione sul testo, con saggi di I. BIROCCHI, A. MAZZACANE e D. QUAGLIONI è in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XL, 2011, t. II, pp. 1031-1059).

compagini statali in competizione tra di loro. Impossibile soffermarsi in questa sede, se non per ricordare che fu un processo riguardante soprattutto il discorso del diritto, che comprendeva una nuova configurazione della sovranità (nei confronti dei ceti e dei corpi sociali) e degli assetti istituzionali (magistrature e uffici), una riorganizzazione degli apparati di difesa e di offesa (fortezze, marina, milizie), forme educative disciplinanti, controlli sulla Chiesa (sulle gerarchie e come canale culturale): il che postulava il potenziamento del ruolo della legge rispetto alle altre fonti, la revisione della funzione del diritto penale (il processo, ma anche i contenuti per il mantenimento dell'ordine) e in generale del diritto pubblico nei suoi vari aspetti (si pensi al problema drammatico delle entrate e quindi al profilo tributario), un disegno nuovo del diritto delle genti.

S'intende, quel discorso non era ancora una realtà giuridica, ma costituiva comunque un immaginario capace di influire sull'esistente.

3. *Geometri, architetti in missione di definizione e di accertamento del diritto patrio. La metafora del catasto.*

Il vecchio ordine normativo non teneva più: non scompariva dall'orizzonte, ma si rivelava insufficiente, specialmente nel campo del diritto pubblico. Alla denuncia insistita di manchevolezze attinenti a fenomeni patologici (ad esempio la corruzione nell'amministrazione della giustizia e la lunghezza dei processi) si aggiungevano domande di fondo, sempre più stringenti. Così ci si interrogava sulla stessa posizione del diritto romano: si trattava di un diritto storico e, come tale, particolare espressione delle relazioni di vita del popolo romano nelle varie epoche? oppure di un diritto che esprimeva regole razionali, e perciò costanti, del vivere civile, astraibili dall'esperienza romana e applicabili generalmente almeno come modello di riferimento?

Dalla risposta a tali domande dipendevano non solo lo spazio da concedere allo studio del diritto romano, ma anche le modalità di accostamento ad esso. A due intelletti critici come Bauduin e Bodin pareva estremamente riduttivo o addirittura assurdo limitare lo studio del diritto a quello romano; la storia nazionale dei vari popoli mostrava che l'uomo, attraverso atti di volontà, creava le proprie

istituzioni e le proprie norme, anche se la storia umana, al pari di quella naturale, era dominata da condizioni o leggi, considerate come i rapporti necessari tra i fenomeni sviluppatissimi nel tempo e nello spazio (8).

Il giurista “scopriva” la nozione di relatività, estendeva il proprio campo di interesse attraverso l’apertura alla comparazione (9) ed era, per così dire, costretto a farsi storico (10): le vicende della nascita e trasformazione delle leggi e delle istituzioni non potevano che interessargli, se il suo scopo era quello di trovare regole di condotta politica e comunque di rendere funzionale il proprio studio all’agire umano (11).

Relativismo, storicità e comparazione divennero l’orizzonte intellettuale che caratterizzava il *iurisconsultus* e lo distingueva dal *pragmaticus*, intento semplicemente a fornire argomenti ai litiganti. E non conviene ricondurre sbrigativamente la discussione, insistita e appassionata, sul problema del metodo e sulla figura del giurista alla

(8) È l’esordio celeberrimo della *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* (1566) di Jean Bodin, su cui basti il rinvio a M.-D. COUZINET, *Histoire et méthode à la Renaissance. Une lecture de la Methodus ad facilem historiarum cognitionem de Jean Bodin*, Paris, Vrin, 1996.

(9) Sulla riconduzione a Budé dell’atteggiamento a favore della comparazione v. D.R. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship. Language, Law, and History in the French Renaissance*, New York-London, Columbia University Press, 1970, p. 76 ss.

(10) Addirittura cimentandosi in opere di metodologia della storia, come nel caso della *Methodus* di Bodin (v. nt. 8) e del *De institutione de historiae universae et ejus cum jurisprudentia conjunctione* (1561) di F. BAUDUIN (che si può leggere in *Jurisprudentia romana et attica*, I, Lugduni Batavorum, apud A. Kallewier et J. et H. Verbeek bibliop., 1738, p. 1455-col. 1541). Se è emblematica la figura di storico-giurista di Etienne Pasquier, sarebbe difficile non ritrovare la dimensione storica nella maggior parte dei giuristi allievi (in senso lato) di Budé. Cfr. C.-G. DUBOIS, *La conception de l’histoire en France au XVI^e siècle (1560-1610)*, Paris, Nizet, 1977.

(11) In proposito è di particolare rilievo la personalità di F. Bauduin, « der Rechtshistoriker im eigentlichen Sinn » (R. STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, München-Leipzig, 1880 = Aalen, Scientia, 1957, p. 382, con le opportune precisazioni di M. ERBE, *François Bauduin (1520-1573). Biographie eines Humanisten*, Gütersloh, Mohr, 1978, p. 112): « Et revera non est Iurisprudentiae, ut quarumdam aliarum disciplinarum finis cognitio, sed actio. Illaque vera est philosophia nostra, quae re ipsa praestat, quod proficitur » (lettera dedicatoria del giovanissimo Bauduin, premezza alle *Leges rusticae* (1542), in *Jurisprudentia romana et attica*, I, cit., p. 1233).

contrapposizione *mos gallicus/mos italicus*. In realtà essa è un'altra spia del rivolgimento in atto; alla lunga, anche in ambienti umanistici, si affermò l'idea che il giurista non potesse essere che un pragmatico, rivolto ad impiegare gli strumenti raffinati dell'ermeneutica a fini applicativi e come tale ben distinto dal mero leguleio ⁽¹²⁾.

Qui interessa rilevare il quadro in cui egli operava e che attiene alla trasformazione del diritto comune. Dar risalto alla storia significava considerare i soggetti istituzionali nei loro cambiamenti e nelle loro individualità: già questo proponeva un elemento di discontinuità rispetto alla visione medievale del diritto comune. La riflessione riguardava anche le molteplici accezioni del sintagma 'diritto comune' che, ricavabili come sempre dalle fonti romanistiche ⁽¹³⁾, si andavano ora mettendo a fuoco:

- a) come complesso di regole condivise da ciascuna comunità politica;
- b) come insieme delle leggi del principe all'interno di ciascun ordinamento;
- c) come diritto di ragione generalmente accolto dalle genti;
- d) come diritto applicato nei rapporti tra le genti ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Quasi negli stessi anni le due figure del *iurisconsultus* e del *pragmaticus* (in senso ampio, con capacità teorico-pratiche) erano tratteggiate rispettivamente da F. Hotman e, in un passo utilizzato anche da De Luca, da J. García de Saavedra (cfr. C. PEDRAZZA GORLERO, *Ars interpretandi fra tradizione retorica e modernità giuridica: note in margine al Iurisconsultus (1559) di François Hotman*, in « Bollettino di studi latini », XLII, 2012, fasc. II, pp. 649-668 e I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cuec, 1988, p. 23 nt. 67). Più avanti il *De jurisconsulto* di Rapolla, nel riproporre i compiti dell'interprete, ribadì la funzione pratica del giurista secondo la visione neumanistica, facendone un costruttore/interprete munito di formazione culta ma non dedito alla sterile erudizione: F. RAPOLLA, *De jurisconsulto* (1726), ora a c. di I. Birocchi, con traduzione e note di E. Fabbriatore, Bologna, il Mulino, 2006.

⁽¹³⁾ G. ERMINI, *Ius commune e utrumque ius*, in *Acta Congressus iuridici internationalis*, II, cit., pp. 506-507.

⁽¹⁴⁾ Altrove ho criticato la tesi, pure diffusa, che parla per l'età moderna (in tutto o in parte) di crisi del sistema del diritto comune (I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patrii nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi e insegnamento*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a c. di I. Birocchi e A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 19-23). V. ora P. COSTA, *Un diritto*

Complessivamente la trasformazione fu duplice. Da un lato, essa riguardò i percorsi propri che i vari ordinamenti andavano sperimentando nell'evo moderno; dall'altro, attenne all'elemento "comune", sempre più espressione di una elaborazione giusnaturalista imperniata sul soggetto. Le "parti generali" che tendevano a enuclearsi nelle esposizioni sistematiche (non solo privatistiche, ma anche pubblicistiche e specialmente criminalistiche) come pure nella trattatistica dedicata a temi specifici, mentre si imperniavano su categorie tecniche universali, con ciò stesso proponevano l'immagine di un soggetto in rapporto all'ordinamento, pur coniugato, quest'ultimo, nelle molteplici forme del pluralismo d'Antico Regime⁽¹⁵⁾. Che fosse un giusnaturalismo di nuovo impianto, o piuttosto ricavato attraverso materiali tratti dal *corpus* giustiniano, poco importa in questa sede. Si trattava comunque di una elaborazione condivisa, comune e tenuta presente nelle singole soluzioni interpretative e che connotava in modo nuovo il rapporto di appartenenza dell'individuo alla società civile⁽¹⁶⁾. È un quadro complessivo che Calasso ha designato come periodo del diritto comune particolare, ben consapevole però della profonda distanza rispetto all'età medievale⁽¹⁷⁾.

italiano? *Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a c. di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013, p. 170.

⁽¹⁵⁾ Il riconoscimento della molteplicità di *status* non contraddiceva il processo di polarizzazione che investiva il rapporto tra l'individuo e l'ordinamento. Si pensi non solo a scelte obbligate o comunque regolamentate come quelle riguardanti la religione o la frequenza universitaria (dopo i provvedimenti "protezionistici", da Filippo II in poi), all'uso di categorie generali, che siamo abituati a pensare operanti soprattutto in ambito privatistico (capacità, *ius in re* o *ad rem*, *dominium*, *conventio*, *causa*) ma che investivano tutti i campi, come ad esempio i principi che regolavano il processo e i momenti che lo scandivano. Quest'ultimo esempio, tratto dalle *Pratiche* che fiorirono in età moderna, induce a rimarcare che le tendenze rilevate nel testo non riguardavano solo le sistemazioni culte, bensì anche quelle che si usa ascrivere al *mos italicus*.

⁽¹⁶⁾ L'opera di riferimento è ovviamente P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; qualche notazione riferita al XVIII secolo è in I. BIROCCHI, *Universalismi, appartenenze, identità: sfaccettature giuridiche nel Settecento*, in *Il Settecento negli studi italiani. Problemi e prospettive*, a c. di A.M. Rao e A. Postigliola, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2010, pp. 63-88.

⁽¹⁷⁾ F. CALASSO, *Il concetto di « diritto comune »* (1934), ora in ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951 (= 1970), p. 75; ID., *Il problema storico del diritto*

Come si può cogliere nella fertilissima opera di Adam Ferguson, il concetto classico di società civile era piegato in senso relativistico a designare una patria o una nazione fondata su caratteri storico-culturali peculiari (18); e tuttavia, all'interno delle infinite diversità, il nucleo costante era ossessivamente individuato nel cittadino libero in quanto tutelato nella sua proprietà (19). Nel caso di Ferguson la matrice contrattualistica delle idee comportava un afflato tutto spostato sull'impegno civile ai fini dell'affermazione dei valori fondanti della società (20): la partecipazione attiva era più importante rispetto alle aspettative di difesa di quei valori che discendessero dalla mera registrazione dei diritti in una carta. Ma l'istanza della positivizzazione era in agguato e pareva la soluzione di gran lunga più sicura e comoda perché istituzionalmente offriva tutto il potere dello Stato. Si trattava soprattutto di accertare, consolidare e ordinare *more geometrico*. Più che di costruttori c'era bisogno di geometri e architetti, al servizio degli ordinamenti nazionali.

In questa funzione si riconosceva Pompeo Neri, mentre si accingeva a redigere la codificazione programmata da Francesco Stefano: un architetto al servizio di un sovrano, secondo i canoni dell'assolutismo illuminato (21). E il giurista toscano è altresì emblematico perché poco dopo, sempre al servizio della dinastia asburgica, fu investito del compito di concludere le operazioni catastali in Lombardia. Dopo le bolle alessandrine, il compimento del censimento delle proprietà in Lombardia (1758) propone una seconda immagine, che rappresenta la faccia classica della cittadinanza liberale. Il catasto infatti, raffigurando scientificamente tutte le particelle, accertava il diritto di proprietà, lo rendeva massimamente sicuro

comune (1939), ivi, pp. 125-126; identica la posizione di G. ERMINI, *Ius commune e utrumque ius*, cit., p. 534, mentre, negli stessi anni, da posizioni molto più dogmatiche e meno storiche, E. CARUSI, *Utrumque ius*, cit., p. 563, svalutava la portata innovatrice della regionalizzazione del diritto comune.

(18) A. FERGUSON, *Saggio sulla storia della società civile* (1767), Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 58-59 e 60-61.

(19) Ivi, p. 146.

(20) Ivi, p. 155.

(21) P. NERI, *La relazione sul codice* (1747), ora in M. VERGA, *Da "cittadini" a "nobili". Lotta politica e riforma delle istituzioni nella Toscana di Francesco Stefano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 336.

anche in vista della circolazione e apprestava il principale strumento per configurare il *civis*, ovvero quel soggetto di diritto che contribuiva proporzionalmente ai carichi dello Stato e godeva dei diritti civili. Al centro — vera direttrice della società civile — tendeva a porsi il valore della proprietà; perciò se ne studiava il fondamento filosofico e, per affermarne il valore di “perfezione”, si asseriva che il rapporto di dominio era “naturale”: sia riferito all’individuo, sia riferito allo Stato (il territorio ne era considerato elemento costitutivo; addirittura si parlava di “confini naturali”). Il dominio si configurava come espressione di una sorta di sovranità verso i soggetti esterni, fossero privati o altri Stati, sicché era assolutizzato (cioè privo di limiti e proteso invece a stabilire i limiti altrui). Su questa concettualizzazione si fondava anche la dicotomia tra la sfera pubblica e quella privata⁽²²⁾, che innervava l’intero modello giuridico: rispetto al sistema a geometria variabile di stampo medievale, il nuovo approdo si accreditava con i caratteri della semplicità, certezza, uniformità, assolutezza.

C’è un bel repertorio ottocentesco, che suddivide la voce “confini” in due: pubblici (confini dello Stato) e privati, ma evidentemente come espressione di un concetto assorbente di dominio⁽²³⁾. All’interno di una civiltà europea che condivideva i valori giuridici fondamentali — li proclamava anzi valori universali — la cerchia giuridica era ben racchiusa entro i confini di ciascun ordinamento. E la storiografia si piegava verso il diritto nazionale.

4. *La nascita della storiografia giuridica nazionale.*

Come si sa, in Italia la nazione evocata dalla storiografia illuministica non ebbe a lungo una proiezione giuridico-formale, ma la sempre più insistente istanza risorgimentale trovò un sostegno giuridico unitario nella forma codice⁽²⁴⁾. Il modello prevalentemente

⁽²²⁾ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 125 ss.

⁽²³⁾ F. FORAMITI, *Enciclopedia legale ovvero lessico ragionato di gius naturale, civile, canonico, mercantile-cambiario-marittimo, feudale, penale, pubblico-interno e delle genti* (1838-40), I, Venezia, Antonelli, 1841, pp. 526-527. Sul giurista v. ora la voce di L. CASELLA, in *DBGI*, I, pp. 886-887.

⁽²⁴⁾ P. COSTA, *Un diritto italiano?*, cit., p. 185.

assunto, quello napoleonico, veniva dall'esterno, ma nell'immaginario si avvertiva che esso introitava contenuti della tradizione italiana, che quindi erano recuperati nell'esperienza successiva alla Restaurazione: il diritto, veicolato dai codici, si affermava storicisticamente quale perno dell'omogeneità della nazione che sarebbe stata poi perfezionata dalla unificazione politica.

La costruzione di una storiografia giuridica nazionale non seguì invece percorsi lineari, giacché si manifestarono filoni diversi, tra loro incompatibili.

Il primo, che si potrebbe definire tardo illuministico, faceva spazio alla tradizione romanistica come presenza storica da utilizzare comparatisticamente sia rispetto al diritto vigente, sia in relazione ad altri diritti dell'antichità; in quest'ottica il diritto romano forniva materiali da collazionare per tracciare affreschi storici, per la verità debolissimi, ove in estrema sintesi erano indicati i principi estrapolati dalle diverse esperienze. Parallelamente a questo ruolo esclusivamente storico del diritto romano, la funzione di cemento tra le discipline giuridiche del presente era assunta dal relativamente nuovo insegnamento di Enciclopedia giuridica, che racchiudeva i capisaldi dei principali rami del diritto. Dunque, la storia confluiva nella comparazione e formava il quadro enciclopedico in cui si innestava il diritto positivo ⁽²⁵⁾.

Il secondo filone, che in un disegno cosciente si espresse con *La Mantia*, ma che aveva un retroterra assai più vasto nel lavoro delle Deputazioni di storia patria e nella riscoperta delle fonti locali, intendeva la storia giuridica nazionale come l'insieme delle storie giuridiche regionali, espressioni di autonomia e non semplice tassello di una storia nazionale *ante litteram*, poi sublimata dal raggiungimento dell'unità politica ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ È il filone che prevale, pur nella confusione dei risultati, nei decenni intermedi dell'Ottocento. Emblematiche le opere di F. PEPERE, *Trattato di enciclopedia giuridica*, Napoli, Stamperia dell'Iride, 1864 (altre edizioni, modificate anche nei titoli, nel 1870 e 1878) e *Storia del diritto*, Napoli, Marghieri, 1871-73: I. *Diritto dell'Oriente*, II. *Diritto della Grecia*. Sull'autore v. la voce di S. TORRE in DBGI, cit., II, pp. 1531-1532.

⁽²⁶⁾ V. LA MANTIA, *Storia della legislazione italiana*, Torino, Bocca, 1884. Sui caratteri di quest'opera, che nell'idea dell'autore avrebbe dovuto procedere « per segmenti regionali » e che nell'(unico) volume pubblicato si occupava dell'ex Stato Pontificio per essere poi seguita da altri volumi, v. M.A. COCCHIARA, *Vito La Mantia e gli*

Prevalse, come è noto, un terzo filone, che nasceva nell'alveo dello storicismo savignyano e che più tardi si evolse in senso positivista. Sarà il grande trattato di Pertile, nato per l'insegnamento ma di stampo scientifico, ad imprimere la svolta verso la storiografia del diritto italiano, intesa come ricostruzione dell'unità giuridica della nazione, a sua volta parte di una più vasta unità culturale, infine "precipitata" necessariamente nel Regno del 1861 (27). Fu un processo abbastanza lento perché, in un paese dalle tante patrie, l'interesse per le testimonianze locali, magari trattate con l'ottica comparatistica di cui si è detto e cementate dalla "scienza delle scienze" — l'Enciclopedia giuridica —, rimase forte fino agli anni Ottanta, con propaggini ulteriormente protratte nel tempo (28). E, se il prevalere di questo modo di intendere la storiografia giuridica è stato opportunamente collegato all'attrattiva sviluppatasi in Italia per la germanistica (29), non è azzardato ricondurlo in qualche misura all'intervento dello Stato, che impose nei curricula di giurisprudenza la materia obbligatoria di Storia del diritto italiano,

studi storico-giuridici nella Sicilia dell'Ottocento, Milano, Giuffrè, pp. 444-458 (citaz. a p. 450).

(27) Vicende spesso ripercorse dalla storiografia recente: M. MARTÍNEZ NEIRA, *Sobre los orígenes de la historia del derecho en la Universidad italiana*, in «Quadernos del Instituto Antonio de Nebrija», VII, 2004, pp. 117-154, I. BIROCCHI, *I manuali di insegnamento della storia del diritto nel secolo XIX in Italia*, in *Dalla pecia all'e-book. Libri per l'Università: stampa, editoria, circolazione e lettura*, a c. di G.P. Brizzi e M.G. Tavoni, Bologna, Clueb, 2009, p. 377-391, Id. *Presentazione*, in P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, Milano, Giuffrè, 2009, spec. p. 7 ss. e M.G. DI RENZO VILLATA, *Per una storia del diritto (italiano). Antonio Pertile e la prima cattedra della materia*, in «Quaderni per la storia dell'Università di Padova», 45, 2012, pp. 63-103.

(28) L'*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali* di B. BRUGI è del 1891 (Firenze, Barbera), fu riedita ancora nel 1928 e l'autore ebbe modo di illustrarne l'importanza in un breve saggio del 1919 (*Per la cattedra di Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e di filosofia del diritto*, in *Atti del R. Istituto veneto di scienze, lettere ed arti*, LXXIX, 1919-20, pp. 99-104). Un caso a parte è quello di Filomusi Guelfi, particolarmente legato all'Enciclopedia per tutta la vita (la prima edizione del suo testo è del 1873; la settima e ultima, ancora rinnovata dall'autore è del 1917); a lui si deve anche la definizione dell'Enciclopedia giuridica come scienza delle scienze. Sui due giuristi v. le voci di A. MASI e di I. BIROCCHI in DBGI, cit., I, pp. 342-345 e 863-865.

(29) H. MITTEIS, *Zur Lage der rechtsgeschichtlichen Forschung*, cit., p. 209; E. CONTE, *Storia interna e storia esterna*, cit., p. 301; Id., *Diritto comune*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 25-26.

stabilendo anche l'arco temporale di cui avrebbe dovuto occuparsi: ovvio che il termine *ad quem* fosse fissato nella fine degli ordinamenti preunitari. I manuali che si susseguirono, di Ciccaglione e di Salvioli, di Calisse, di Schupfer, di Solmi e degli altri ancora, consolidarono l'impostazione nazionale, pur con diverse accentuazioni, in particolare per quanto riguardava il peso giocato dal "fattore" latino o da quello germanico. Il fervore che si accese per le celebrazioni del cosiddetto ottavo centenario dell'*Alma mater*, con la pubblicazione di tante fonti fino ad allora inedite ed immancabilmente attribuite agli esponenti della scuola bolognese e magari direttamente al fondatore, stimolò ulteriormente la rivendicazione del primato nazionale rispetto alla scienza giuridica continentale. Nel contempo tuttavia si profilò una tendenza erudita, ove l'erudizione era tesa a scoprire la ricchezza di un diritto che aveva innervato la civiltà culturale della nazione fino ad imporre la scelta finale dello Stato unitario.

5. *La crisi del modello nazional-statualista: la scoperta del diritto comune.*

In fondo la storiografia nazionale si era affermata in funzione del diritto presente: per giustificare l'ordinamento unitario mediante la storia e per cementarlo. Impegnata a riannodare in una esposizione coerente e completa i contenuti di circa tredici secoli di esperienza giuridica che separava l'opera di Giustiniano dall'attualità, quella storiografia non ebbe infatti, a lungo, nemmeno una palestra autonoma in cui dibattere i problemi della disciplina e pubblicare i prodotti delle ricerche, accontentandosi dell'ospitalità presso riviste generaliste o di settore, salvo naturalmente valersi anche di prestigiose collane di edizione di fonti e di monografie ⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ È noto che la *Rivista di storia del diritto italiano* inaugurò le pubblicazioni nel 1928, su impulso di Mario Enrico Viora e Sergio Mochi Onory, che si affacciavano allora agli studi storico-giuridici, sebbene con la benevolenza di alcuni grandi maestri (Brandileone, Tamassia e Calisse) che ne assunsero la direzione. Nel testo si fa riferimento alla motivazione enunciata nel *Programma* pubblicato nel primo numero della Rivista e dovuto alla penna di Brandileone. Comunque l'apparizione della *Rivista* è un segno di una disciplina ove andavano maturando fermenti nuovi. Cfr. M.E. VIORA, 1928-1977, in

Il mutamento dell'orizzonte non sembra da ricondurre solo a tendenze interne alla storiografia giuridica ed è piuttosto da riportare a quella generale crisi del modello statale liberale, cui bene o male il Regno d'Italia si era ispirato nella propria edificazione iniziale ⁽³¹⁾. È noto che la dimensione della socialità proruppe nelle riflessioni della scienza giuridica a partire dal settore civilistico e da quello penale per affermarsi prima come critica e poi come costruzione delle teorie istituzionaliste in ambito pubblicista. La scienza lavorista assurse a comparto speciale, come richiedevano le nuove condizioni di organizzazione dei lavoratori e degli imprenditori, con i relativi strumenti di regolamentazione dei rapporti (contratti collettivi) e delle forme di lotta. La dottrina commercialistica, che pure in Italia operava sul recente codice del 1882, esprimeva in forme vistose le critiche alla sua impostazione, rimarcando, in particolare, che la specialità del comparto commerciale rispetto al civile si configurava come un anacronismo rispetto a un sociale del tutto permeato dai rapporti di scambio. In questo ribollire di critiche e di proposte, la scienza giuridica guardava proficuamente all'Europa: ai lavoristi, commercialisti e pubblicisti tedeschi, agli istituzionalisti francesi, oltre, naturalmente, alla cultura filosofica e sociologica d'Oltralpe che aveva sorretto le critiche antiindividualiste. Non avrebbe tardato ad aprirsi la prospettiva comparatistica degli studi del diritto positivo.

Apparentemente la storiografia giuridica non risentì di questi rivolgimenti. Sin dalla prima attività di Pertile — suddito austriaco ed educato dal governo sui canoni savignyani proprio in vista del conferimento della cattedra padovana — e di Schupfer, essa aveva sviluppato un rapporto privilegiato con la scienza giuridica tedesca; ma col tempo il rapporto si andò configurando soprattutto come un

« Rivista di storia del diritto italiano », L, 1977, pp. I-III e G.S. PENE VIDARI, *Continuità e ritocchi della Rivista di storia del diritto italiano*, ivi, LXXXII, 2009, pp. 439-440.

⁽³¹⁾ Impossibile dar conto della letteratura che negli ultimi decenni si è occupata della crisi del modello di Stato liberale. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, spec. p. 149 ss. Una recente sintesi dei problemi e delle principali linee critiche e dei modelli alternativi proposti è in F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XLI, 2012, pp. 329-397.

dialogo, pur serrato e proficuo, sulle fonti, per pubblicare testi, individuare gli autori, fare luce sui generi letterari. L'ambizioso programma di sistemazione della materia a più mani progettato da Pasquale Del Giudice rimase incompiuto, ed è forse un segno di stallo dopo il lavoro pionieristico di Pertile (la cui seconda edizione, dopo la scomparsa dell'autore, fu portata a compimento dallo stesso Del Giudice) ⁽³²⁾. In proposito un punto va comunque rilevato e consiste in quell'enunciazione — « voler riannodare le fila spezzate del lavoro intellettuale e stringere i contatti con le altre nazioni » — che all'indomani della guerra il maestro di Pavia poneva nell'avvertenza all'opera: sembra di cogliere l'idea di una storia del diritto come lavoro intellettuale da realizzarsi nel raffronto tra le varie esperienze.

Come anticipato all'inizio, è sul terreno della discussione sul diritto comune che si registrano echi del dibattito scientifico e maturano istanze di rinnovamento. Il giovanissimo Calasso ne fu da subito coinvolto ⁽³³⁾. Ebbe infatti la ventura di affrontare per la tesi di laurea il tema della legislazione dei Comuni nel Regno meridionale e questo significava fare i conti con molteplici elementi di riflessione, tra loro legati: da un lato, con la caleidoscopica storia del Regno a partire dal diritto bizantino e longobardo, prima che le diverse dinastie dai normanni in poi reggessero la monarchia; dall'altro con il fenomeno associativo medievale e la sua possibile trasposizione nel concetto di autonomia; e poi ancora con il proble-

⁽³²⁾ P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, Milano, Hoepli, 1923-27 (rist. an. Frankfurt a. M.-Firenze, Sauer & Auvermann KG-Gozzini, 1969: 3 volumi in 5 tomi, con la collaborazione di E. Besta e G. Salvioli). Sono note le difficoltà che incontrò lo storico di Venosa per realizzare il progetto e non vale rilevare la sua scomparsa per spiegare l'interruzione dell'opera. Il fatto che non si trovò nessun continuatore deriva piuttosto dalla circostanza che il piano era "d'autore": di uno storico che aveva sempre mantenuto la vocazione originaria enciclopedica. Per una sintesi del programma dell'opera e della biografia di Del Giudice v. ora la voce di M. LUCCHESI in DBGI, cit., I, pp. 736-737.

⁽³³⁾ Sulla figura di Calasso disponiamo di tre profili critici recentissimi (con indicazione della bibliografia precedente): C. PETTIT, *Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia*, in *Enciclopedia italiana di scienza lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, diretto da P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 741-744, U. PETRONIO, *ivi*, pp. 749-753, E. CORTESE, in DBGI, cit., I, pp. 381-384.

ma degli *iura communia* che la celebre *constitutio Puritatem* portava allo scoperto ⁽³⁴⁾.

L'inesco specifico della discussione avvenne allorché Salvatore Riccobono espresse gravi preoccupazioni sulle prospettive della romanistica, lamentando in particolare che il diritto romano fosse sempre meno insegnato in Francia e, addirittura, in Germania. Una delle vie che il maestro palermitano, allora professore a Roma, individuava per ridare forza alla disciplina era quella di introdurre nelle Facoltà il nuovo insegnamento di diritto comune, che avrebbe dovuto essere assegnato a romanisti e, precisava, di tendenza dogmatica e non storica ⁽³⁵⁾. La posizione di Calasso può apparire sorprendente nell'accettare il profilo dogmatico che avrebbe dovuto caratterizzare la cattedra da istituire, ma, come si vedrà, quel profilo caratterizzò sempre la sua storiografia, essendo concepito come il naturale antidoto all'erudizione e coltivato con forte senso rinnovatore nel recupero dell'unità innaturalmente scissa attraverso le indagini che si dedicavano alla storia interna o alla storia esterna; in specie, esso veniva giustificato dalla necessità di coprire lo spazio plurisecolare che, da Giustiniano al diritto attuale, sarebbe altrimenti rimasto terra di nessuno quasi che ci fosse una soluzione di continuità nella storia. In sostanza per Calasso occorreva assolutamente evitare di accreditare l'idea che il diritto romano fosse l'immediato antecedente dell'ordinamento vigente. Per lui il diritto era storia e non c'era solo "il fattore romano" a intervenire nella trasformazione nel processo che avrebbe dato vita al diritto italiano, bensì anche quello canonico e quello germanico ⁽³⁶⁾. Da qui due conclusioni: che fosse necessario istituire la nuova cattedra e che essa dovesse essere assegnata a uno storico del diritto italiano.

Non siamo ovviamente di fronte a questioni di rivalità disciplinari. La divergenza stava nella concezione del diritto comune. E

⁽³⁴⁾ La bibliografia completa di Calasso, che si apre nel 1928 con un saggio ricavato dalla tesi di laurea ed edito nel primo numero della *Rivista di storia del diritto italiano*, è pubblicata in « Annali di storia del diritto », IX, 1965, pp. XXI-XLIII.

⁽³⁵⁾ S. RICCOBONO, *Per la istituzione della cattedra di diritto romano comune*, in « Archivio giuridico », CX, 1933, pp. 3-6. Il breve intervento nasceva come lettera aperta a Giorgio Del Vecchio, preside della Facoltà giuridica romana.

⁽³⁶⁾ Il Calasso del 1933 accoglieva la teoria dei fattori storici, che però non tarderà a rigettare.

difatti già nella prolusione catanese letta da Calasso nello stesso 1933 la prospettiva storica si dispiegava e si delineavano i capisaldi della sua visione, che in questa sede non interessa ripercorrere se non per quanto riguarda i risvolti indicativi del passaggio da una considerazione ancillare della storicità del diritto ad un'altra che rivelava la sua forza proprio perché non destinata a giustificare il presente.

S'intende: l'orizzonte si apriva e, svanito il presupposto granitico di una meta a cui giungere, si prospettava un campo di ricerca popolato da ipotesi e dubbi piuttosto che da certezze. È quanto orgogliosamente riconosceva Calasso nella premessa, datata 1950, alla silloge di saggi che si avviava a pubblicare dopo un ventennio di lavoro sul diritto comune⁽³⁷⁾. Presto, del resto, il maestro pugliese avrebbe precisato a modo suo che cosa intendeva per dogmatica, passaggio ineludibile per i giovani della sua generazione; e mentre Emilio Bussi andava allora offrendo la propria interpretazione secondo i canoni rigidi della sistematica tedesca applicati al diritto privato⁽³⁸⁾, Calasso vi lavorava a tutto campo, non solo affrontando una categoria classica della pandettistica come il negozio giuridico ma spaziando sui concetti pubblicistici — la sovranità e la *causa legis*, ad esempio — che studiava nella loro spiritualità, ovvero nella loro immersione entro la storia.

Va rimarcato che di per sé la discussione agitata tra gli storici del diritto negli anni Trenta non presentava un esito scontato quanto alla impronta nazionale che aveva caratterizzato la disciplina nell'ultimo cinquantennio. Ché anzi l'ideologia nazionalista, esaltata dal regime fascista e allora particolarmente utilizzata per chiudere definitivamente con il vecchio modello liberale e proporre una nuova forma dell'unità statale che riassorbisse i pluralismi sociali, affiorava potentemente nel dibattito sul diritto comune. Nessun dubbio, certo, poteva affacciarsi sul fatto che questo fosse un fenomeno europeo, irriducibile alla storia di un qualunque diritto naziona-

(37) F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, cit., p. XI.

(38) E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, Cedam, 1937 e 1939, rispettivamente dedicati ai diritti reali e di obbligazione (I) e ai contratti, successioni e diritti di famiglia (II). Come avvertiva l'autore, i due volumi costituivano una sorta di dimostrazione pratica dell'esposizione teorica contenuta nel testo *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano, Vita e pensiero, 1935.

le ⁽³⁹⁾. E tuttavia sul modo in cui tale fenomeno si era sviluppato le concezioni divergevano. Gravava quella forte ipoteca nazionalistica che tendeva a riconoscere come « dall'Italia e per merito precipuo delle nostre scuole [...] venne data all'Europa la sua nuova civiltà giuridica romana della quale tuttora in gran parte vive » ⁽⁴⁰⁾. Senza mediazioni questo discorso era esplicitato da Solmi, che vi dedicava la prolusione al corso di Diritto comune, tenuta a Roma nel gennaio 1940. Dopo aver ricordato il risveglio degli studi e l'introduzione di diverse cattedre negli ultimi anni, l'ex guardasigilli da poco approdato alla Sapienza delineava un quadro che, espresso con retorica alquanto vuota, scandiva in sequenza le seguenti tappe: 1. la formazione del diritto comune era « fenomeno schiettamente italiano » ed esso era servito per sette secoli alla vita dell'Europa civile; 2. in particolare, la scienza giuridica italiana e il diritto comune avevano imbevuto il *code Napoléon*, il quale, applicato o assunto come modello negli Stati italiani, aveva dunque veicolato, nella nuova forma-codice, un recupero della tradizione italiana; 3. su tale tradizione l'esperienza dello Stato unitario aveva visto innestarsi incrostazioni straniere e mostrato i segni del tempo: sulle une e sugli altri erano però intervenuti i codici fascisti rinvigorendo la tradizione con i necessari aggiornamenti, rispettosi comunque dell'indole e della cultura italica ⁽⁴¹⁾.

Il cerchio si ricomponeva: tramite il diritto comune, la storia del diritto italiano non solo manteneva la sua funzione di premessa e giustificazione del diritto vigente, ma addirittura di essa si accreditava la forza espansiva, come perno della civiltà giuridica europea. Il nazionalismo risorgimentale riappariva ora su scala moltiplicata.

Il disegno fece presa costituendo la falsariga di ricostruzioni successive, ovviamente depurate dello specifico ruolo attribuito da Solmi alle riforme legislative e ai codici fascisti.

Ma è ora di tornare a Calasso. Nel ventennio che trascorre dai primi interventi alla raccolta specificamente dedicata ai saggi sul

⁽³⁹⁾ Così G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, I, prefazione alla I edizione (gennaio 1943), ripresa nella III edizione, Milano, Giuffrè, 1962, pp. VII-VIII.

⁽⁴⁰⁾ G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, cit., p. VIII.

⁽⁴¹⁾ A. SOLMI, *Il diritto comune nella storia e nella vita del diritto italiano*, in « Archivio giuridico », CXXIII, 1940, pp. 3-17.

diritto comune e alla relazione presentata alla Società di storia dei diritti dell'antichità (1952), passando per la riflessione sugli sconquassi della guerra, la sua concezione si precisa e approfondisce. Il diritto comune poteva essere visto solo come problema storico e non certo come seconda vita del diritto romano, né come sua interpretazione ad opera dei giuristi (*Juristenrecht*). Sono pagine notissime, di cui qui interessa rimarcare il nucleo essenziale: la concezione per la quale il diritto comune era storia giuridica dei popoli europei, di cui faceva parte il diritto italiano. La contraddizione colta da Checchini, che cioè esso, essendo fenomeno "prettamente italiano" non poteva essere anche europeo, sembra fuori centro (42). Nella sostanza l'idea di Calasso era coerente nell'indicare i tratti unitari della civiltà europea, all'interno della quale si collocava con la sua specificità l'esperienza giuridica italiana. La novità, prorompente, era appunto quella di una ricostruzione che intendeva l'esperienza del diritto comune come storia di popoli, da considerare comune all'intero continente (43); col che il maestro pugliese forniva anche la chiave per comprendere perché la storiografia giuridica fino a tempi recenti non avesse dato impulso agli studi sul diritto comune. Piuttosto i rilievi critici si possono indirizzare su due aspetti che accompagnavano la visione calassiana: da un lato essa riproponeva l'idea che il centro di irradiazione fosse l'Italia (44), dall'altro, pur recependo la teoria pluralista degli ordinamenti, manteneva il perno del "sistema" nello Stato.

Per entrambi questi aspetti, come forse era inevitabile, Calasso restava ancorato alla storiografia del tempo. Quanto al primo, in effetti, la ribadita centralità della esperienza italiana, pur sfumata rispetto alle interpretazioni nazionalistiche, rischiava di rendere incoerente la critica alla ricostruzione che faceva del diritto comune un *Juristenrecht*, perché, se è vero che lo storico era ben attento a

(42) A. CHECCHINI, *L'unità fondamentale della storia del diritto italiano*, in « Rivista di storia del diritto italiano », XXII, 1949 e XXIII, 1950: qui 1949, p. 50 ss.

(43) F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea* (1953), in Id., *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 206 e 225; sul diritto comune come storia di popoli Calasso precisò le proprie posizioni in un dialogo a distanza con De Francisci in *Storia di popoli. Postilla* (1957), ivi, pp. 289-295.

(44) Lo rileva opportunamente C. PETT, *Culto e cultura giuridica*, cit., p. 742.

inglobare nella visuale le due fonti universali (*ius civile* e *ius canonicum*) e quelle particolari in dialettica tra loro, ciò che caratterizzava precipuamente l'esperienza italiana erano però le scuole, di cui si asseriva la fioritura precoce, l'originalità e la forza espansiva. Quanto al secondo, la centralità dello Stato come coronamento della pluralità degli ordinamenti appare in linea con la matrice romaniana da cui esplicitamente Calasso muoveva ⁽⁴⁵⁾. Il fenomeno associativo era certo esaltato, nelle tante forme autoorganizzative produttrici di norme; ma il quadro era poi chiuso dallo Stato, anche laddove l'autore poneva problemi (la sovranità, la legalità, la rappresaglia, il rapporto tra l'esercizio del potere e l'individuo) che in realtà si configuravano in forme complesse e i cui tratti non erano determinati da un legislatore in ambiti statuali. La stessa insistenza per il sistema del diritto comune — che è palesemente una costruzione storiografica — appare dettata soprattutto da suggestioni positivistiche. Infatti, proprio per la sua intima storicità, il fenomeno del *ius commune* non è riducibile a rapporti dati con i cangianti *iura propria*, nemmeno se, in un tentativo di rendere mobile la rigidità, il “sistema” sia pensato come attecchentesi secondo relazioni diverse in grandi epoche storiche (per utilizzare la nomenclatura di Calasso: l'età del diritto comune assoluto, del diritto comune sussidiario e dei diritti comuni regionali). Il rapporto tra le fonti era infatti un problema interpretativo che atteneva al rinvenimento delle norme applicabili e che trovava soluzione di volta in volta, senza soverchie preoccupazioni di certezza, a seconda della materia, delle persone, delle fonti utilizzabili; un'attività ermeneutica estremamente variegata nel tempo e nello spazio, sicché l'evocazione di un “sistema” del diritto comune esprime in definitiva l'esigenza dello storico di trovare nel passato un *pendant* del sistema del diritto codificato, quasi che anche al primo fosse possibile ricollegare l'istanza di graduabilità delle fonti e di prevedibilità delle soluzioni ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 23 s.

⁽⁴⁶⁾ Nonostante la difesa lucida e appassionata coerentemente svolta da M. BELLOMO (v. le considerazioni generali espresse nel saggio *La 'Carta de Logu' di Arborea nel sistema del diritto comune del tardo Trecento*, in « Rivista internazionale di diritto comune », 5, 1994, pp. 7-11, poi più volte ripubblicato), mi pare che la realtà del diritto

Col disincanto dello storico, oggi si parla del diritto comune come « figura sfuggente, un attore che, una volta salito sul palcoscenico della storia, ebbe il vezzo di cambiar maschera a ogni cambiar di scena » (47). Ciò non toglie che, in un più generale quadro di “crisi” del diritto (48), della quale nessuno negava gli effetti particolari in seno alla storiografia giuridica, l’opera di Calasso costituisse una svolta, come riconoscevano sia gli entusiastici colleghi — un Bognetti e un Paradisi (49) — che approvavano la sterzata idealista e la nuova dislocazione dei problemi, sia i contraddittori — un Checchini, ad esempio — che ne contrastavano le posizioni. Si esploravano nuovi settori (50), si ipotizzava un incontro tra la dogmatica e la storia, accusate di marciare separatamente (51), e ancora Calasso esprimeva l’esigenza di battere le vie del diritto pubblico — un tempo ritenuto terreno per le dottrine politiche o comunque per i non giuristi — proponendo nel contempo una interpretazione storica della dicotomia *ius publicum/ius privatum* e affermando l’unità della scienza giuridica (52). E tuttavia che la storia del diritto “italiano” potesse ancora essere intesa come l’esperienza giuridica della nazione italiana discendente da Roma, esperienza poi

comune non sia riducibile a “sistema”. Restano insuperate le considerazioni di P. COSTA, *‘Ius commune’, ‘ius proprium’, ‘interpretatio doctorum’: ipotesi per una discussione*, in *El dret comú i Catalunya*, ed. A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, spec. pp. 41-42. Utili considerazioni già in E. CARUSI, *Utrumque ius*, cit., pp. 558-559.

(47) E. CORTESE, *Immagini di Diritto Comune medievale: semper aliud et idem*, in *Il diritto patrio*, cit., p. 3.

(48) Tra i tanti G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, in « Archivio giuridico », CXI, 1933 (letto in estratto). Lo stesso filosofo del diritto, pure nel 1933, pubblicava anche un saggio su *La crisi dello Stato* (in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XIII); cfr. *supra*, § 5 su nt. 31.

(49) Basti citare le numerose riflessioni, a partire dal 1946-47, sulla storiografia giuridica e sul metodo, di B. PARADISI, ora in *Apologia della storia giuridica*, Bologna, il Mulino, 1973, *ad indicem*.

(50) B. PARADISI, *Storia del diritto internazionale nel Medio evo*, Milano, Giuffrè, 1940.

(51) A. CHECCHINI, *L’unità fondamentale*, cit.: qui 1949, p. 35. Occorreva perciò procedere verso una storia dei dogmi giuridici.

(52) F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., premessa e p. 278 ss.; già prima *Id.*, *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*, in « Jus », IV, 1943, pp. 18-42.

evolutive confluita nell'ordinamento dello Stato unitario, poté ancora essere sostenuto ⁽⁵³⁾.

In realtà la svolta calassiana, operata col grimaldello del diritto comune, apriva la via, ma non la percorreva; mentre rivendicava il senso della discontinuità della propria battaglia, il suo autore confessava del resto anche il suo legame con la tradizione ⁽⁵⁴⁾.

6. *La storia e l'Enciclopedia del diritto.*

Come Calasso intendesse il rinnovamento e più in generale il rapporto tra storia e diritto vigente si può cogliere dalle modalità di realizzazione dell'*Enciclopedia del diritto*, il cui progetto, come si sa, risale a lui e, frutto di una lunga preparazione, corse parallelo al suo capolavoro, *Medioevo del diritto* (1954). Certamente imparentata con i repertori — l'*Enciclopedia giuridica* e le edizioni del *Digesto* — che avevano cercato di interpretare l'ordinamento italiano in momenti differenti della sua storia, l'*Enciclopedia* calassiana rifletteva tuttavia una geniale concezione d'autore ⁽⁵⁵⁾.

La premessa che inaugura il primo volume (1958) è illuminante. L'intento era quello di offrire un « panorama completo del più moderno pensiero giuridico italiano ». Nel ricostruire questo panorama la parte storica aveva un'importanza fondamentale, non certo come « fardello d'informazioni sui "precedenti" degli istituti, [...] ma come processo vitale di un'esperienza giuridica che giunge fino a noi e va oltre di noi ». Essa pertanto veniva « rigorosamente limitata agli organi, agli istituti, ai principi tuttora vivi dell'ordinamento giuridico attuale ». In sostanza la trattazione storica delle voci mirava a riportare « la tradizione viva di essi, dalle origini fino all'entrata in vigore della codificazione dello Stato unitario » ⁽⁵⁶⁾. Ecco: tutt'altro

⁽⁵³⁾ A. CHECCHINI, *L'unità fondamentale*, cit.: qui 1950, p. 8.

⁽⁵⁴⁾ Sul tormentato rapporto con la tradizione l'autore è spesso tornato; ad esempio, F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., pp. 7-8.

⁽⁵⁵⁾ L'idea nacque nel 1953, frutto delle menti vulcaniche di Calasso e dell'editore Antonino Giuffrè. Una breve storia è stata tracciata da M.T. GIUFFRÈ, *Enciclopedia del diritto. Dal progetto alla realizzazione*, in *Enciclopedia del diritto*, dvd, 2004.

⁽⁵⁶⁾ Data tale concezione, comprensibilmente nell'*Enciclopedia del diritto* la sezione storica era unitaria, sicché l'attribuzione delle voci a romanisti e "italianisti" rispondeva al mero criterio di competenza.

che orpello, la storia era concepita come esperienza viva e non come erudizione, come cultura che si faceva insieme di norme e istituzioni e che precipitava nell'ordinamento del Regno d'Italia e più precisamente delle codificazioni unitarie.

L'*Enciclopedia del diritto* assumeva l'ambizioso compito di fondere storia e dogmatica e di presentare un panorama pensato *ex novo* perché espressione del quadro normativo, istituzionale e culturale racchiuso infine nella carta costituzionale del 1948, ma non rinnegava la tradizione. Il quadro di riferimento restava saldamente italiano e la storia stessa doveva essere funzionale all'agire nel nuovo Stato. A conferma di quest'ottica soccorrono le considerazioni a proposito dell'uso della comparazione, che si leggono ancora nella premessa con cui si apriva l'opera: al pari delle direttrici prospettate per l'esigenza storica, occorre limitarsi « agli elementi essenziali che si sono stabilmente inseriti nelle correnti dottrinarie e giurisprudenziali italiane ». In sostanza, secondo una visione ancillare della comparazione, questa doveva essere usata ai fini « della migliore illustrazione del diritto vigente »; e coerentemente fu espunta dal vocabolario la grande maggioranza dei lemmi che evocavano esperienze e concettualizzazioni straniere e la cui introduzione nell'opera fu proposta da Tullio Ascarelli, certamente il più sensibile al discorso della comparazione tra gli studiosi che componevano la direzione dell'*Enciclopedia* ⁽⁵⁷⁾.

7. *Dalla storia alle storie del diritto.*

Allorché i diritti fondamentali dell'individuo furono pensati a prescindere dall'appartenenza a un certo ordinamento e mentre i soggetti dell'economia reale e finanziaria travalicavano ogni frontiera nella loro attività, una storiografia che guardasse all'esperienza

⁽⁵⁷⁾ Ho potuto consultare la cartella relativa al grande commercialista conservata presso l'Archivio dell'*Enciclopedia del diritto* grazie alla cortesia dell'editore, che ringrazio vivamente. Non compaiono nell'opera, ad esempio, le voci, *trust* o *writ* (che Ascarelli giustamente suggeriva di attribuire a uno storico), mentre è da notare che la voce *common law e equity* (che secondo la proposta iniziale erano separate) è stata pure introdotta su indicazione di Ascarelli, a cui si deve anche la designazione dell'assegnatario.

nazionale non aveva ragion d'essere. Non si trattava solo di una questione di etichetta — l'abolizione dell'aggettivo "italiano" dalla denominazione dell'insegnamento ⁽⁵⁸⁾ — bensì di reimpostare lo statuto stesso della disciplina e, di conseguenza, i contenuti.

Il rivolgimento non poteva che partire dalla visione di Calasso, che per le sue innegabili aperture è sembrata reggere ancora a lungo la scena, come del resto indica la fortuna del suo manuale, molto diffuso anche dopo che, a distanza di circa un quarto di secolo dalla sua apparizione, fecero la loro comparsa due testi scolastici più moderni ⁽⁵⁹⁾. Entrambi, del resto, mantenevano ed anzi ampliavano ulteriormente la centralità del sistema del diritto comune. Ma complessivamente gli indirizzi andavano modificandosi profondamente. Per economia di discorso si proverà in questa sede a cogliere solo i punti che costituiscono le manifestazioni più appariscenti di tale rivolgimento.

Innanzitutto l'arco temporale della disciplina che, rimasto ambiguo anche dopo il cambio della denominazione ufficiale (Storia del diritto medievale e moderno), sin dagli anni Cinquanta e poi via via con evidenza crescente, si è andato estendendo all'età moderna e contemporanea. Il segno più importante è stata la pubblicazione dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (1972), sia per l'apertura integrale della storia all'attualità, sia per il superamento di ogni visione italo-centrica o imperniata sullo Stato ⁽⁶⁰⁾. Le colonne d'Ercole dei codici unitari, ancora indicate da Calasso per le voci storiche dell'*Enciclopedia del diritto*, non solo sono state ampiamente varcate, ma ogni confine è stato annullato.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. B. PARADISI, *Apologia*, cit., pp. 366-367.

⁽⁵⁹⁾ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1979; M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia tra Medioevo ed età moderna*, Catania, Giannotta, 1976 (più volte poi ampliato).

⁽⁶⁰⁾ Tra gli altri segni rimarchevoli, nello stesso decennio, si possono ricordare l'apparizione di un singolare manuale, usatissimo nella disciplina pur essendone autore un filosofo del diritto (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976), dedicato al pensiero giuridico europeo d'età moderna (e avrebbe dovuto essere il I volume di un'opera da proseguire per i secoli più vicini a noi), dei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, nati su iniziativa dello stesso filosofo del diritto genovese (1971), nonché del manuale di Cavanna (v. sopra, nt. 59) che per la prima volta apriva all'età moderna e dedicava spazio non solo all'esperienza del diritto continentale, ma anche al *common law*.

Poi l'apertura degli studi verso scuole extrabolognesi, per quanto riguarda l'età medievale, e altri indirizzi dottrinali rispetto al *mos italicus*, per quanto attiene al periodo moderno. L'attenzione per una molteplicità dei centri di insegnamento ha arricchito il panorama di conoscenze sulla circolazione dei maestri e delle dottrine e, in particolare, ha portato alla luce nuove scuole che si svilupparono fuori dell'Italia. Le *droit savant*, insomma, non era merce di esportazione dall'Italia, come la visione nazionalistica tendeva ad accreditare. Le analisi del rapporto tra *mos italicus* e *mos gallicus* sono state anch'esse spogliate dei risvolti nazionalistici e, intrecciate agli studi sulla questione del metodo, necessariamente riportate a una prospettiva culturale europea. Temi come l'*Usus modernus Pandectarum* e il giusnaturalismo — peraltro ancora poco battuti da noi — proponevano pure immagini che si allontanavano da presunte primazie italiane ed evocavano una scienza giuridica almeno di scala europea. La stessa scoperta dei diritti nazionali o *patrî*, lungi dal provincializzare l'ambito delle ricerche, ha indicato le lacune di quella storiografia, tutta italiana, che guardava ai secoli moderni come età di una lunga crisi del diritto comune e ha indotto a considerare la fioritura di importanti esperienze teorico-pratiche d'Oltralpe: ordinamenti specifici e dai caratteri originali, ma — espressi in forme variegata attraverso Dichiarazioni dei diritti e carte, istituzioni, testi normativi, decisioni giurisprudenziali e formulari pratici, dottrine e financo progetti — assunti a paradigmi di riferimento universali. Il cosmopolitismo settecentesco, che sottendeva ideali senza confini ma circolanti per la loro applicazione in una patria, è rientrato negli interessi della storiografia, che da tempo si è avvezza a ricomprendere nel discorso giuridico anche le critiche all'esistente o addirittura il rifiuto del diritto vigente in nome di modelli "altri". Inutile continuare, se non per un'ulteriore notazione che riguarda l'affermarsi di studi settoriali (nel campo penale, costituzionale, commerciale, ecc.), per forza di cose trasversali. Tali studi, comunque ritagliati, impongono infatti di misurarsi con la circolazione delle dottrine e delle opere, postulano l'esistenza di modelli ampiamente diffusi, richiedono una mentalità comparatistica nell'interprete: impossibile pensare a qualunque tematica di queste storie settoriali nell'ottica del loro precipitare nel diritto unitario dello Stato. E non varrebbe, naturalmente, spostare in

avanti il termine *ad quem*, portandolo a qualche data significativa del Novecento.

Si potrebbe concludere che l'itinerario individuato disegna un percorso che dalla storia va alle storie. La storia è quella di un soggetto — la nazione, lo Stato — che nel suo processo di formazione identitaria ha sentito il bisogno di costruirsi un passato che lo legittimasse; da qui l'aspirazione a discorsi di certezza, disposti attorno alla cultura giuridica nazionale e allo Stato unitario. Le storie sono quelle che superano l'ambito connaturato a tale soggetto e volgono ai temi universali del vivere civile, letti sotto l'angolazione giuridica. I vecchi dibattiti sui confini spaziali e temporali della disciplina tramontano, proprio perché la dimensione delle storie è pluralistica per intima vocazione. In ciò la storia del diritto riflette una consapevolezza che è facile cogliere nella più avvertita scienza giuridica. Ne sono una spia gli esiti attuali di due importanti imprese collettive — l'*Enciclopedia del diritto* e l'*Enciclopedia giuridica* — che entrambe, in tempi recentissimi, hanno scelto di non continuare con gli aggiornamenti ed hanno invece rilanciato il rispettivo progetto attraverso un ripensamento per temi, al di là di barriere ordinamentali.

I manuali faticano a riflettere questa nuova dimensione. Probabilmente perché è forte il condizionamento dei programmi universitari, che impongono una trattazione esaustiva da svolgere entro la rigida gabbia dei crediti; non è semplice, ad esempio, rivisitare il concetto di "fonte", che ha costituito la base di tutti i testi d'impostazione positivista e che appare l'ancoraggio basilare per qualunque discorso storico-giuridico, in funzione del passaggio alle "storie" ⁽⁶¹⁾. O forse perché non è facile trasferire in uno strumento didattico così impegnativo come il manuale la consapevolezza maturata negli ultimi decenni: verrebbe di pensare che costruire un tessuto tematico vasto e travalicante i confini di ciascuna patria possa essere più facilmente il compito di una squadra di studiosi che non di un singolo.

⁽⁶¹⁾ Cfr. M. MONTORZI, *Processi istituzionali. Episodi di formalizzazione giuridica ed evenienze d'aggregazione istituzionale attorno ed oltre il feudo. Saggi e documenti*, Padova, Cedam, 2005, pp. 19-47.

Il cammino comunque sembra tracciato ed è quello che ha recentemente indicato uno studioso di “storie” del diritto e che guarda a una « scienza che ragiona — per il suo interesse per lo studio dei classici, per la sua vocazione al dibattito (persino i dibattiti più attuali), per la sua visione generale delle sfide giuridiche — con categorie che sono universali » ⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ C. PETT, *Culto e cultura giuridica*, cit., p. 748.

BARTOLOMÉ CLAVERO

¿HISTORIA DEL DERECHO SIN FRONTERAS?
LOS DERECHOS HUMANOS COMO HISTORIA

Such history is only a branch of the history of Western civilization.

Lassa Oppenheim

Who can bad-mouth human rights?

Mark Mazower

A menudo la historia del derecho pretende ser más, mucho más, de lo que es. La historia del derecho practicada profesionalmente por nuestras latitudes europeas y por algunas euroamericanas suele entender que encierra un valor universalista sin necesidad ni tan siquiera de plantearse con un alcance universal. Cuatro, al menos, son a mi entender las razones principales, bastante en todo caso interrelacionadas, por cuya virtud o, quizás, perversidad esta historiografía profesional con fondo de pretensiones universales no hace por lo común ni el intento de cubrir un espacio de universalidad:

1. La razón más obvia, sólo en apariencia paradójica, es la de ser una historiografía que suele considerarse a sí misma como *nacional* en el sentido de estatal, teniendo al Estado como modelo universal para el establecimiento y, en su caso, la reposición del ordenamiento jurídico. Toma a la Nación con mayúscula, esto es al Estado proyectado retrospectivamente, como el sujeto por excelencia protagonista. Ahora también sitúa en esta posición a la propia Europa, a una Europa compuesta de Naciones en el sentido siempre de Estados, ofreciéndose una historia en sustancia agregativa incluso cuando se toma en consideración la existencia pretérita de un *ius commune* más o menos europeo por cuanto que el acento se pone en la recepción diferenciada por espacios anacrónicamente nacionales o

estatales. Como modelo para la universalización de derecho de matriz europea se piensa también esa misma recepción.

2. Otra razón es la del entendimiento bien arraigado en la historiografía jurídica profesional de que no toda la humanidad cuenta con derecho, con derecho propiamente dicho, sino que tan sólo lo tendría Europa, la Europa nuclear y la Europa de la diáspora, mientras que el resto más o menos extenso de la especie humana se regiría por usos, costumbres, tradiciones o, en suma, por un derecho consuetudinario que no resultaría derecho en sentido propio o no merecería consideración como tal de cara a la expansión de Europa. Derecho para la historia, estrictamente derecho, sería el *ius civile*, aquel *ius commune*, o igualmente el *common law*, este otro ordenamiento también dicho común, para nada, o poco menos, el resto. Este dilatado o disminuido resto habría de ser objeto de antropología, no de ciencia jurídica. Antropología quiere también decir en este contexto intemporalidad, ausencia de historia, pasado en el presente, particularidad no universalizable. Lo mismo que por sí el derecho, una historia universal suya sólo podría proceder de Europa y presidirla ella.

3. La razón de que no todo lo que se llama derecho sería derecho opera a más efectos. Por derecho se tiene al derecho dicho positivo, ya se le entienda predominantemente como jurisprudencial o como legislativo; el derecho que cuenta con instituciones para llevarse a la práctica y esta práctica misma cuando responde a tales mecanismos de jurisprudencia y de ley o también de costumbre cuando se sitúa en su contexto, el caso de la costumbre no antropológica, la que se da en medios de *ius civile* o de *common law*, la cual sí constituye objeto de historia jurídica, no de antropología. En estos mismos medios habría otro derecho que no sería derecho, el que se reduce o quiere reducirse a ideología, programa o mera aspiración. ¿Un ejemplo? Los derechos humanos, que no presentarían la consistencia para ser objeto de historia. Extrañamente, los derechos humanos no se consideran por la historiografía profesional como base para una historia universal del derecho.

4. Hay otras razones, como la del síndrome del fin de la historia. La historia jurídica profesional se plantea como historia que

llega al presente sin abarcarlo. Su objeto había de ser sólo el pasado, un pasado que no llega hasta hoy, sino hasta el momento en el que el presente se considera que comienza. Con base en las razones precedentes, pues el conjunto está concatenado, sólo entonces un hilo rojo de continuidad se mantendría, precisamente el de la presunción de universalidad, lo que el constitucionalismo heredaría de la historiografía o viceversa, lo que la historiografía ha asumido de un constitucionalismo de factura cultural recalcitrantemente europea, de Europa y de su diáspora.

Por poner un ejemplo, en España hay quien teoriza que el pasado como objeto de la historia del derecho concluye en Cádiz-1812, esto es en el primer constitucionalismo que puede decirse español. De forma explícita o implícita, posiciones equivalentes operan en otras historias del derecho nacionales o estatales, agregadas o por separado. Habría un cierto momento constituyente en el que la competencia ya ha de recaer primordialmente en la ciencia jurídica, con o sin la colaboración de la historiografía; o bien se entiende, con análogos efectos, que estaríamos ante el arranque de una historia ya formalmente constitucional conectando con el derecho actual como campo así distinto al de la historia propiamente dicha. Sólo la historia *constitucional*, una historia que sería más derecho que historia, abrazaría al presente. A escala menor, la pretensión de universalidad también se daría en un espacio latamente hispano que se vincularía a uno anglosajón o también al francés producido por la revolución.

A su vez, en momento ulterior siempre de un ciclo o de una serie de ciclos que se entienden legítimamente expansivos o cuya expansividad sencillamente se presume y, con esto, impulsa, cuando el derecho comienza a desestatalizarse y, por tanto, a poder universalizarse, llegándose por ejemplo a la formulación de derechos constitucionales en términos de derechos predicados como humanos, la historia definitivamente concluiría para dar paso al presente más actual, a un presente que no sería objeto de historia ni siquiera en el caso de que los derechos humanos llegasen a presentar alguna consistencia. De esto particularmente voy aquí a ocuparme.

*

Como contraste para lo que me dispongo a exponer, he comen-

zado por una sumarísima descripción de unas posiciones que conocen desde luego matices, variantes y salvedades de las que aquí puede prescindirse. Son tendencias creo que fáciles de identificar, sin necesidad de mayor ilustración, por parte al menos de quienes practican profesionalmente la historia del derecho. Fácilmente también se comprenderá que no se agoten razones ni se multipliquen casos que poco, unas y otros, añadirían. Por ejemplo, se puede decir que la actual historia jurídica de Europa como sujeto no es sólo agregativa, pues hay una tendencia que la unifica desde tiempos antiguos por vía fundamentalmente del derecho romano, pero la misma se plantea sobre idéntica pretensión de universalización del derecho europeo con un desentendimiento todavía más profundo respecto al carácter históricamente ni estatal ni pluriestatal de los ordenamientos jurídicos por nuestros lares pese cuanto pese al *ius commune*, a este derecho común de parte de Europa y de su diáspora ⁽¹⁾. Así creo que podríamos seguir matizando sin añadir gran cosa a un cuadro que tan sólo intenta situarnos de partida.

Para nadie es un misterio, ni siquiera del todo para ella misma, que tal historiografía presuntamente universalizable es una historia encerrada entre confines. Sus historias consisten en narrativas y recorridos con unas marcadas fronteras en parte conscientes y en parte inconscientes, en algo superables y en bastante insuperables para la correspondiente historiografía, sean fronteras de nación, sean fronteras de Europa ya nuclear ya de la diáspora, sean fronteras de antropología o como tal percibidas, sean fronteras del constitucionalismo, sean fronteras incluso, como habremos de ver, de los derechos humanos, sean también combinaciones entre unas y otras fronteras; en todo caso, fronteras y más fronteras, fronteras tanto exteriores como internas. En éstas, en las internas, también habremos de interesarnos pues son las que menos suelen advertirse.

⁽¹⁾ De ello me ocupo en B. CLAVERO, *Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (Lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha)*, en “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno” (en adelante QF), 41, 2012, pp. 675-763. Sobre el ejemplo hispano del prolegómeno, José María PORTILLO, *El tiempo histórico del primer constitucionalismo en el Atlántico hispano. Balance y perspectivas*, en “Almanack” (Departamento de História da Universidade Federal de São Paulo), 4, 2012, pp. 101-112.

En este contexto, no han faltado momentos de planteamiento y confección en directo de una historia universal que no escapa a tales mismas coordenadas; historia, por ejemplo, de la diáspora del *ius civile* y del *common law* confrontados con unos escenarios de antropología destinados a ceder ante el empuje universalista de ese tándem; o historia también de un derecho mercantil igualmente expansivo, en su caso arrasando sin esa disociación interna. Son formas de historia universal, se presenten o no como tal, que han tenido continuidad en la veste de una especialidad dicha de derecho comparado alimentando análoga ambición de signo universalista y con el mismo peso de fronteras que, si se perciben y reconocen, es para mejor avasallarlas. Renuncio de nuevo a ilustrar lo que requeriría una nota repleta de referencias y puntualizaciones que poco aportarían a nuestros efectos, no digo a otros. Baste en su lugar con una constancia a la contra de las pretensiones constitutivamente imperialistas del derecho comparado, de este trasunto de la historia universal en falso ⁽²⁾.

Junto a ese retoño del *derecho comparado*, las historias universales del derecho al uso, se presenten como tales o presuman sencillamente su alcance, resultan empresas culturalmente supremacistas y, con ello, incapaces de una mínima universalidad, de alguna universalidad no imaginaria. La referencia es Europa. El universo lo define Europa. La regla la constituye Europa. Conoce excepciones y además ciertamente numerosas, pero, como tales, por mucho que duren, sujetas a caducidad para la visión europea. Por Europa no estoy señalando un lugar geográfico, el de la península occidental de Asia que se figura a sí misma como continente exento, sino un *locus* cultural con toda su extensión no sólo poblacional por el planeta y con todas sus pretensiones de presencia en el universo. Para una historia universal del derecho que sea digna de su nombre, de lo que vamos a ocuparnos, el primer problema es que el espacio se encuentra ocupado por una historiografía indigna del mismo, impidiendo que la misma carencia se perciba. Europa y su diáspora han de comenzar por retraerse a su lugar cultural singular entre culturas

⁽²⁾ Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial*, en "International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional", 7, 2006, pp. 295-338.

múltiples aunque sólo fuere para abrir espacio ⁽³⁾. Espacio ha de ser de justicia, el espacio al cabo de los derechos humanos. Para mayor opacidad y bloqueo, la ocupación incluso se produce directamente por productos sucedáneos, esto es que hacen historia de *derechos* en términos entre ideales y ficticios ⁽⁴⁾.

Cuando, desde perspectiva cultural europea, viene a hablarse de *common law of human rights* o de *ius commune de droits de l'homme*, de derechos del hombre del *droit civil* en su sentido más extenso; cuando se habla de estos derechos *comunes* ambos presuntamente ahora fundados en derechos humanos y promotores de los mismos, ni el objeto ni la perspectiva resultan universales. No pueden aunque quieran y se esfuercen. Pesa el lastre del supremacismo arrastrando su mapa de fronteras. Las que más cercanamente pesan son las constitucionales, unas fronteras de Estado que no se superan por muchos préstamos transfronterizos que se produzcan entre jurisdicciones bajo el entendimiento de tránsito y participación de derechos humanos o porque en espacios regionales interestatales vengan a reconocerse y garantizarse derechos bajo ese nombre de derechos humanos sin condicionamiento estricto de ciudadanía, pero en relación a determinados Estados no extensibles fuera del área regional del caso, la europea en el nuestro ⁽⁵⁾. Su eventual historia no

⁽³⁾ Dipesh CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Walter D. MIGNOLO, *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking*, Princeton, Princeton University Press, edición ampliada, 2012; Thomas DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, "Research Paper Series", 2012-01 (a publicarse en *Rechtsgeschichte*, 20, 2012).

⁽⁴⁾ Baste con un ejemplo cercano y ya por sí voluminoso: Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, José Manuel Rodríguez Uribes, Rafael de Asís Roig y Francisco Javier Ansoátegui Roig (eds.). *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998-2007, tomo III, vol. V, *El derecho positivo de los Derechos Humanos. Derechos Humanos y Comunidad Internacional*, 2007.

⁽⁵⁾ Christopher MCCRUDDEN, *Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, en "Oxford Journal of Legal Studies", 20-4, 2000, pp. 499-532 (luego en Katherine O'Donovan y Gerry R. Rubin, eds., *Human Rights and Legal History: Essays in Honour of Brian Simpson*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 29-65); Antenor HALLO DE WOLF y Donald H. WALLACE, *The Overseas Exchange of Human Rights Jurisprudence: The U.S. Supreme Court in the European Court*

es la historia universal sobre la que aquí en rigor nos interesamos. Ya se ha iniciado también con buen pulso una historiografía de derechos predicados como humanos a escala regional europea (6), pero no va aquí a ocuparnos. La confusión imperante entre derechos constitucionales, ya estatales, ya interestatales, y derechos humanos habremos de afrontarla.

¿Y qué decir de los derechos humanos mismos a la escala potencialmente universal que, a efectos de acreditación y aseguramiento, ha de serle propia? ¿Pueden y deben ser objeto de estudio histórico? La primera impresión es negativa, sencillamente por la evidencia de que una tal historia brilla por su ausencia. No existe. Recientemente ha podido escribirse que es difícil encontrar un objeto con más literatura desiderativa y con menos análisis histórico que el de los derechos humanos: “What we have (...) is a lot of theory, a lot of philosophy, a lot of policy proposals, a lot of exhortation”, pero no historia, no una historia como tampoco una sociología que expliquen. Justamente, pero quien escribe esto, un autorizado historiador del derecho americano, quiero decir estadounidense, se carga con la misma hipoteca y no advierte la aportación preciosa de una historiografía que acude a poner los cimientos de una historia ya no ideológica de los derechos humanos, la historiografía de la que voy aquí a ocuparme. Que los derechos humanos no se reducen a ideología inoperativa a estas alturas aunque sólo sea por su predicamento social, es una evidencia de la que también parte el referido autor (7).

Es también una evidencia de que ahí, en los derechos humanos, hay una historia que es historia del derecho. Las mismas Naciones Unidas respaldan y fomentan esta historiografía, lo que nos pone

of Human Rights, en “International Criminal Justice Review”, 19-3, 2009, pp. 287-307.

(6) A.W. Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire; Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001; K. O'Donovan y G. R. Rubin (eds.), *Human Rights and Legal History*, citado.

(7) Lawrence M. FRIEDMAN, *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, Nueva Orleans, Quid Pro, 2011, p. 6 para la cita. L.M. Friedmann es el autor de *History of American Law* (1973) y *American Law in the 20th Century* (2003), donde no prestaba atención al derecho internacional de los derechos humanos en la medida de su vigencia en los Estados Unidos. Cabe considerar los tres volúmenes como una trilogía aunque no se presenten así.

ante una nueva versión de la historia *ad usum delphini*, digamos que al servicio del ordenamiento, como en tiempos decimonónicos de la historiografía de Estados o también del derecho internacional (8). Para que funcione, ha de encomendarse a personas profesionalmente competentes y culturalmente plurales, pero que no pueden sustraerse a la inspiración apologética de fondo (9). Por otra parte, la concepción idealista de los derechos humanos ha fomentado una historiografía entre ilusa y extremada que sitúa sus orígenes y expone su desarrollo con perfecta seriedad ya desde la filosofía griega y el derecho romano, ya desde el derecho canónico de las iglesias cristianas, ya desde la Europa moderna tan ilustrada como supremacista... (10), en vez que a partir de unas evidencias: los derechos humanos no surgen ni siquiera de los *rights of man* o *droits de l'homme* concebidos como derecho constitucionales de ámbito estatal excluyentes de mujeres, trabajadores y gentes no europeas;

(8) La primera cita de encabezamiento reclamando historia *ad usum delphini* procede de Lassa OPPENHEIM, *The Science of International Law: Its Task and Method*, p. 317, en "The American Journal of International Law", 2-2, 1908, pp. 313-356. Para constatación de su exceso, Matthey Craven, Malgosia Fitzmaurice y Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

(9) www.unhistory.org conduce a información sobre los volúmenes publicados en la *United Nations Intellectual History Project Series* (UNIHP), serie editada por la Indiana University Press.; para un balance prematuro, Richard JOLLY, Louis EMMERIJ y Thomas G. WEISS, *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project*, Nueva York, UNIHP, 2005.

(10) Jeffrey N. Wasserstrom, Greg Grandin, L. Hunt y Marilyn B. Young (eds.), *Human Rights and Revolutions*, Plymouth, Rowman and Littlefield, 2000; Paul Gordon LAUREN, *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2003; Jon E. Lewis, *A Documentary History of Human Rights: A Records of the Events, Documents, and Speeches that Shaped our World*, Nueva York, Carroll and Graf, 2003; Micheline R. ISHAY, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley, University of California Press, 2004, con nuevo prólogo, 2008; John M. HEADY, *The Europeanization of the World: On the Origins of Human Rights and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2007; Lynn HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, New York, W.W. Norton, 2007; Jack MAHONEY, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*, Oxford, Blackwell, 2007; Stephen JAMES, *Universal Human Rights: Origins and Development*, New York, LFB, 2007..., cometiendo consciente una flagrante injusticia por la suma desigualdad que impera en este muestrario de títulos.

comienzan a idearse en contextos imperiales como forma de legitimación del dominio colonial; su formulación por las Naciones Unidas conecta inicialmente con la función colonialista... Esto habremos de verlo. La exclusión de mujeres, trabajadores y gentes no europeas marca desde luego fronteras internas del constitucionalismo en su tracto histórico ⁽¹¹⁾.

Eso último del origen colonial de los derechos humanos de las Naciones Unidas consta ya con cierto lujo de detalles gracias a la historiografía independiente y crítica sobre los derechos humanos que, frente a la fuerza de los intereses y de las ideologías, sólo ha comenzado a plantearse en estos últimos años. De esta historiografía, una historiografía todavía incipiente, voy a ocuparme. Creo que interesa no sólo por su valor intrínseco para el conocimiento de un determinado capítulo de la historia del derecho, el de los derechos humanos a escala general, sino también por su potencial consiguiente de germen de una historia universal, de una historia sin fronteras al menos exteriores. Si esta historiografía de los derechos humanos acaba ofreciendo en el futuro una historia universal será por méritos, no propios, sino de su objeto, de un derecho que, como el de los derechos humanos desarrollado por las Naciones Unidas, comenzó a dejar de ser mera ideología en los años sesenta del siglo pasado, aunque esto sin romper todavía amarras con el lastre colonial de su concepción imperialista; dicho de otro modo, manteniendo fronteras internas muy vinculadas al supremacismo de la cultura constitucional de raíz europea. Esto significa que hay mucha historia del derecho por hacer. Es lo que intento que pasemos a ver para que pensemos en hacernos cargo.

En todo caso, con o sin nosotros, la universalidad avanza, una universalidad que no se construye precisamente por la historiografía, sino por el derecho mismo, y no mediante recepción, sino por cooperación, por trabajo en común no siempre coordinado. De esto, de un presente que es historia y puede ser historiografía, quiero ocuparme. No se trata de una reseña bibliográfica, sino de una

⁽¹¹⁾ Para un reciente registro acríptico de asimilaciones ahistóricas entre *rights of man* y *human rights*, lo que es al fin y al cabo posición bastante común, Daniel J. WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010, pp. 210-211.

reflexión historiográfica. Quiere ser un momento reflexivo en una línea de trabajo que vengo desarrollando en estos último años y haciendo pública gracias a la hospitalidad de los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* de los que estamos justamente celebrando el cuadragésimo aniversario. Vaya por delante mi gratitud al *Centro* florentino (12).

*

¿De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos o, dicho mejor, de un derecho de derechos humanos, de un orden que los reconozca, defienda y promocióne, de un ordenamiento que pueda ser objeto de historia estrictamente jurídica? La categoría de *derechos humanos* parece precisa y diáfana, pero su mismo uso historiográfico pone de relieve que es incierta y escurridiza. Cualquier expresión o exigencia de dignidad humana en la historia, incluso restringiéndose a una humanidad determinada, se toma como formulación y requerimiento de derechos humanos. Mas éstos suponen algo más; ante todo, el reconocimiento de título accionable por parte de un titular concebido en términos y por razón de pertenencia a humanidad. Los derechos humanos han de ser ante todo *derechos* en su sentido fuerte de títulos de acreditación de libertad; sólo acto seguido, *humanos* sin acepciones añadidas, esto es derechos no reconocidos y garantizados por pertenencia a una comunidad política, estatal o interestatal, sino por condición humana. Durante el largo tiempo de la historia en el que no se concibe el ser humano en cuanto tal, aunque fuese restrictivamente, como sujeto de derecho, no cabe ni por asomo la mínima noción de

(12) B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en QF, 33-34, 2004-2005, pp. 509-607; *Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante*, en QF, 35, 2006, pp. 429-556; *'No Distinction Shall Be Made'. Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966*, en QF, 38, 2009, pp. 1547-1620; *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, en QF, 40, 2011, pp. 1061-1098; *¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos en tiempos postcoloniales, 1947-2011*, en QF, 41, 2012, pp. 483-580 (las presentes páginas pueden considerar como un desarrollo de las notas 172 y 173 de este último trabajo).

derechos humanos ⁽¹³⁾. Si una historia de los derechos humanos ha de situarse en el terreno de la historiografía del derecho, como parece que corresponde, es el primer punto a tenerse en cuenta. Habrá de interesarle, no ideario alguno de derechos humanos se expresase como fuere, sino derecho de los derechos humanos, *human rights law*.

Si unos derechos se predicán realmente como humanos, su reconocimiento ha de producirse en el ámbito de tal derecho internacional general o, al efecto, de un ordenamiento supraestatal sin excepción de Estado, al menos esto en principio y como empeño. Fuera de este ámbito, los derechos humanos de alcance universal no tienen la posibilidad de alcanzar a constituir derecho en sentido estricto. Precisadas así las cosas, los derechos humanos tienen una fecha de concepción, aunque todavía sea germinal. Se sitúa en 1945, en el momento en que la flamante organización de las Naciones Unidas los adopta como principio y fundamento en su Carta fundacional: “We the Peoples of the United Nations determined (...) to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small”, proceden a la fundación. En los derechos humanos realmente se abunda por la Carta de las Naciones Unidas: “The Purposes of the United Nations are: (...) To achieve international cooperation (...) in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion (...)”, “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, en lo que se reincide con referencia a los cometidos de los órganos principales de la nueva organización (arts. 1.3, 13.1.b, 55.c, 62.2, 68 y 76.c). He ahí la concepción de los derechos humanos como títulos acreditados a las personas sin distinción discriminatoria por parte de un nuevo orden internacional. Ahí comienza una historia del derecho de radio, si no ya incluso de objeto, potencialmente universal ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ B. CLAVERO, *La máscara de Boecio. Antropología del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho*, en QF, 39, 2010, pp. 7-40.

⁽¹⁴⁾ treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf da acceso a la edición impresa príncipe de la Carta de las Naciones Unidas en la lengua de trabajo que fue el inglés, impresión realizada y certificada por la Secretaría de Estado de los Estados

Sin embargo, la historia de los derechos humanos de las Naciones Unidas suele hacerse arrancar centrándose, no en 1945, sino en 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que a mi entender puede ya, por sí solo, limitar seriamente la perspectiva. Hoy se cuenta con una historia bien documentada acerca de la confección de la Declaración Universal así como de la gestación de otros instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas que, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, comenzaron a introducir procedimientos de vinculación de los Estados mediante supervisión de sus normas y de sus políticas ⁽¹⁵⁾. No es sin embargo esta historiografía a pie de documento cercano y sin contraste la que nos ofrece una ubicación suficiente para evaluar la significación de este arranque de una historia universal del derecho o que pudiera llegar a serlo ⁽¹⁶⁾. Más incisiva resulta una historiografía que comienza por centrarse en 1945, en el momento de la fundación de las Naciones Unidas, poniendo en relación y comparación con la organización internacional a la que éstas sucedían, la Liga o Sociedad de Naciones. Pues creo que se lo merece, personifiquemos esta otra historiografía, la

Unidos, *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, San Francisco, 1945. En el mismo impreso efectivamente se incluye el renovado Estatuto de la neonomiada Corte Internacional de Justicia sin referencia alguna a *human rights*, lo que es bien sabido y no suele empero destacarse como dato ciertamente extraño y chocante en el nuevo contexto.

⁽¹⁵⁾ Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origin, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999; D.J. WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, citado.

⁽¹⁶⁾ D.J. WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, ofrece ahora una historia documentada del proceso de elaboración de los Pactos Internacionales y sus protocolos concediéndole por regla general crédito a las argumentaciones de los Estados “occidentales” obrantes en actas sin más contraste que el de testimonios tan culturalmente sesgados como el de los diarios del entonces Director de la División de Derechos Humanos del Secretariado de las Naciones Unidas, el canadiense John Humphrey, diarios publicados bajo el desorbitado título *On the Edge of Greatness* (Montreal, McGill University Libraries, 1996). Conviene reparar en detalles como éste a fin de aquilatar la extrema dificultad para que se abra paso una historiografía menos ideologizada como la que a continuación vamos a considerar.

más interesante a nuestros efectos, en la obra del historiador británico Mark Mazower (17).

A lo que aquí nos importa, Mazower comienza justamente por hacer que nos extrañemos de la entronización internacional de los derechos humanos en el momento de la fundación de las Naciones Unidas, lo cual entiende que requiere una explicación distinta a la aparente e inverosímil de un compromiso tal con los derechos por parte de los Estados que acordaron la Carta en 1945. Aparecen entonces un par de cuestiones usualmente descuidadas por la historiografía de los derechos humanos. Son las razones de la extrañeza: una, la discontinuidad de los derechos de las minorías en el derecho internacional; la otra, la continuidad del colonialismo en el mismo ámbito. A la luz de este doble contexto la Declaración Universal de los Derechos Humanos arroja una imagen bien diversa a la que se ha venido labrando. Resulta que se planteó de modo que legitimara, no ya a las propias Naciones Unidas, sino también a la continuidad y discontinuidad dichas, la continuidad del colonialismo y la discontinuidad del derecho internacional de las minorías. Mazower sobre todo destaca esto segundo, dada su experiencia como historiador con ese atropello sumo a las minorías que fueron las políticas de limpieza étnica en Europa por tiempos de la Liga de las Naciones (18). Conviene subrayar la continuidad institucional que

(17) *www.mazower.com* es su sitio. Para la obra que más específicamente nos interesa, Mark MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950*, en "The Historical Journal", 47-2, 2004, pp. 379-398; *An International civilization? Empire, internationalism and the crisis of the mid-twentieth century*, en "International Affairs", 82-3, 2006, pp. 553-566 (version ampliada, *The End of Civilization and the Rise of Human Rights: The Mid-Twentieth-Century Disjuncture*, en Stefan-Ludwig Hoffmann, ed., *Human Rights in the Twentieth Century*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 29-44); *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

(18) M. MAZOWER, *Dark Continent: Europe's Twentieth Century* (1998), Nueva York, Vintage, 2009; *Salonica, City of Ghosts: Christians, Muslims and Jews 1430-1950* (2005), Nueva York, Vintage, 2006. *Dark Continent* además arranca con un buen panorama las transformaciones del constitucionalismo de Estados en Europa por aquella época, entre los años veinte y treinta del siglo pasado. Sobre políticas de limpieza étnica como contexto europeo de la misma adopción internacional de los derechos humanos, Keith LOWE, *Savage Continent: Europe in the Aftermath of World War II*, Londres, Viking, 2012.

se dio entre ésta y las Naciones Unidas, pese a la rendición de la primera ante el nazismo, por acción de un Estado que no había pertenecido a la Liga, precisamente los Estados Unidos (19).

Por su parte, la Liga de Naciones no sólo había avalado unos cuantos casos de limpieza étnica, sino que también en sentido diverso, como es más sabido, había emprendido una política de fomento de derechos constitucionales de las llamadas minorías, en un sentido cualitativo de sectores de población de cultura distinta a la predominante en un Estado arraigados en zonas comprendidas dentro sus fronteras internacionales. La desarrolló respecto a un ámbito geográfico bastante limitado comprometiendo a algunos contados Estados a través de tratados. Hubo más al respecto. El planteamiento de derechos de las minorías tuvo una pujanza mayor por debatirse y elaborarse también respecto a algún pueblo sin territorialidad propia como, por entonces, el judío (20). La Liga de Naciones se guardó mucho de reconocer con algún carácter general derecho de las llamadas minorías o de pueblos sin Estado pues esto sencillamente hubiera puesto en cuestión el colonialismo. El caso era que las Naciones Unidas podrían haber asumido ese legado dando este paso, pero decidieron no hacerlo. Además, como organización internacional de vocación global, las Naciones Unidas estaban de partida más capacitadas para garantizar derechos de pueblos y minorías que para conferirle alguna eficacia a la asunción y proclamación de derechos humanos. Esto es lo que ofreció la coartada. La forma de encubrir dicha decisión fue la de consignar en la Carta derechos calificados como humanos en vez de, con carácter ahora igualmente general, el derecho ya existente de derechos de las minorías, sobre las que el mismo documento fundacional de las Naciones Unidas guarda elocuente silencio (21).

(19) M. MAZOWER, *Governing the World: The History of an Idea*, Nueva York, Penguin, 2012, cap. VII: "The League is Dead. Long Live the United Nations".

(20) Carole FINK, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004.

(21) M. MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights*, en particular entre lo más específico citado, de donde procede la segunda cita de encabezamiento, la de necesaria maledicencia sobre los derechos humanos de las Naciones Unidas; también, con anterioridad, del mismo M. MAZOWER, *Minorities and the League of Nations in*

De pueblo habla en cambio la Carta y de un modo además que de entrada, en 1945, no lo identifica necesariamente con Estado o Nación por comparecer como sujeto de autodeterminación: “The Purposes of the United Nations are: (...) To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples (...)”, “basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”, con terminología así distintiva de *pueblos* junto a *naciones* en la que también se reincide (arts. 1.1 y 55). En el contexto de la Carta, *pueblo* se distingue de Nación o Estado por ser candidato a la autodeterminación no de presente, sino en algún momento de futuro a juicio sustancialmente del Estado o Nación que por entonces le gobernase (arts. 73 y 76.b). En ninguna ocasión la Carta presenta *el principio de libre determinación* en términos de derechos y, aún menos, de derecho humano. Dicho de otro modo, de un modo que la Carta se cuida extremadamente en no utilizar, por la misma se mantiene el colonialismo con no menos fuerza ni menor resolución porque se entienda como transitorio.

El propio Mazower ha comprobado hasta qué punto la misma adopción de los derechos humanos por la Carta de las Naciones Unidas se debe a propuesta de parte colonialista, en concreto británica y más en concreto de la Sudáfrica que ya venía estableciendo las piezas del apartheid. El colonialismo entendía los *human rights* no sólo como una cobertura, sino incluso como la base de su legitimación. Su misión sería la de infundirlos a unos pueblos que juzgaba sin capacidad de presente para valerse por sí mismos. No era tanto hipocresía moral como supremacismo cultural ⁽²²⁾.

No se trataba de una improvisación. Desde el siglo XIX venía fraguándose la ideología de los *human rights* o también de los *droits de l'homme* como punta de lanza colonial. Podían predicarse en

Interwar Europe, en “Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences”, 126-2, 1997, pp. 47-63; J. MORSINK, *Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights*, en “Human Rights Quarterly”, 21-4, 1999, pp. 1009-1060.

(22) M. MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, cap. I: “Jan Smuts and Imperial Internationalism”; también Saul DUBOW, *Smuts, the United Nations, and the Rhetoric of Race and Rights*, en “Journal of Contemporary History”, 43, 2008, pp. 45-74.

serio a estos efectos (23). No cambiaba de forma sustancial la función colonialista de la alegación el hecho de que eventualmente pudieran predicarse *human rights* o *droits de l'homme* como reforzamiento en la competencia con otros colonialismos europeos o con otras formas de colonialismo, como la abiertamente esclavista en compasión con el esclavismo solapado del trabajo forzoso impulsado por la Gran Bretaña y por Francia. El contexto colonial determinaba el sentido y el alcance incluso de las mejores intenciones de inspiración humanitaria (24).

En suma, la expresión *human rights* era en origen constitutivamente colonial por cuanto presumía que la parte colonizada no se encontraba en un estado de humanidad y que esto es lo que le aportaba la parte colonialista. No se propugnaban derechos humanos como premisa del ordenamiento, sino como objetivo del colonialismo. *Human rights* se predicaron más a los pueblos colonizados que a los colonialismos rivales. Éstos estaban en el secreto. A ellos, a otros Estados colonialistas, se dirigía a su vez en todo caso el argumento. Lo pueblos colonizados experimentaban en carne propia el sentido de aquella predicación de derechos humanos. Tampoco se llevaban a engaño.

El origen colonial de los *human rights* parece locura, pero tiene método. Atendamos ante todo al sentido por entonces del sustantivo, de *rights* o de *droits*, unos derechos claramente sujetos a ordenamiento con fronteras internas, como la de la mujer, la del traba-

(23) Para evidencias respectivas, Bonny IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007; Alice L. CONKLIN, *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa. 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997; puede ahora añadirse Matthias SCHULZ, "Defenders of the Right"? *Diplomatic Practice and International Law in the 19th Century: An Historian's Perspective*, en Luigi Nuzzo y Miloš Vec (eds.), *Constructing International Law: The Birth of a Discipline*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, pp. 251-275.

(24) Confróntense Jenny S. MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, cap. IV: "The Courts of Mixed Commission and the Abolition of Slave Trade", y B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante*, citado.

jador por cuenta ajena... o la de gentes de otras culturas (25). Y *human*, el adjetivo, legitima el gobierno sobre éstas sin su consentimiento. Por extrapolarse el concepto del ámbito constitucional al colonial no se cancelaban fronteras tan intestinas. Ni necesitaban reforzarse aunque en casos, como el de la abolición del tráfico de esclavos no extensiva a la esclavitud misma, se hiciera desde luego algún intento eficiente. La invocación imperial de derechos humanos era predicación de futuro incierto, por condicionado, sometido a la condición de doblegamiento al dominio colonial hasta el punto de convertirlo en disciplina asumida, momento a partir del cual sería pensable el paso a la libre determinación. El planteamiento de fondo de la Carta de las Naciones Unidas responde a tal predicación colonial de los derechos humanos.

Su formulación sin embargo se producía de forma exenta. Que un principio de libre determinación no se presente por la Carta como derecho humano implica que los derechos humanos no se presentan en ella como vinculados al entendimiento colonial de la autodeterminación. La Carta produce una desconexión entre ambos elementos consignando los derechos humanos por sí mismos y como derechos, por humanos, que, según ha podido apreciarse, han de producirse *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*. Esto tuvo un efecto inmediato que se hace a su vez presente acto seguidísimo tras la Carta, sin esperarse a un instrumento de derechos humanos que por entonces era todavía una incógnita ni siquiera además de consecución segura. Entre 1945, año de la Carta de las Naciones Unidas, y 1948, año de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, corre una intensa historia de materialización del sentido de los derechos humanos conforme comparecían, exentos y sin discriminación, en la primera, en la Carta de las Naciones Unidas, en este documento no sólo fundacional de una organización internacional, sino también germinal, antes y más que la propia Declaración, de un derecho supraestatal de los derechos humanos.

*

(25) B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

Entre 1945 y 1948 hay mucha historia, una intensa historia, que interesa a los derechos humanos, a esos derechos humanos registrados en la Carta de las Naciones Unidas. Es una historia que se pierde, empobreciéndose radicalmente la perspectiva, si la historiografía de los derechos humanos centra su arranque directamente en 1948. En sustancia se trata del eco inmediato que tuvo en medios significativos la proclamación de los derechos humanos por la Carta de las Naciones Unidas. Situaciones inhumanas comenzaron de inmediato a presentarse como efecto de la violación masiva de los derechos humanos reconocidos por las Naciones Unidas y que las Naciones Unidas tenían por la tanto la obligación de afrontar. Caso bien elocuente fue el afroamericano. Organizaciones de afrodescendientes en Estados Unidos presentaron ante las Naciones Unidas, con su lenguaje de derechos humanos, alegatos contra la segregación⁽²⁶⁾, contra una segregación que todavía incluso conocía formas encubiertas de esclavitud equiparables al trabajo forzoso entendido por el colonialismo como medio de inducción de disciplina social y cambio cultural⁽²⁷⁾. La conexión entre segregacionismo racista de una parte, al que sobre la marcha se añadiría como asimilable el caso del apartheid sudafricano, y colonialismo de otra se efectuaba expresamente por dichas mismas denuncias de procedencia afroamericana. El propio caso de Sudáfrica evidenciaba el nexo⁽²⁸⁾. El

(26) Se imprimieron entonces y uno al menos se ha reeditado: National Negro Congress, *A Petition to the United Nations on Behalf of 13 Million Oppressed Negro Citizens of the United States of America*, Nueva York, 1946; National Association for the Advancement of Colored People, *An Appeal to the World: A Statement of the Denial of Human Rights to Minorities in the Case of Citizens of Negro Descent in the United States and an Appeal to the United Nations for Redress*, Nueva York, 1947; ya tras la Declaración Universal y también después de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Civil Rights Congress, *We Charge Genocide: The Historical Petition to the United Nations for Relief from a Crime of the United States Government against the Negro People* (1951), Nueva York, International Publishers, 1970.

(27) Frederick COOPER, *Decolonization and African Society: The Labor Question in French and British Africa*, Nueva York, Cambridge University Press, 1996; Douglas A. BLACKMPN, *Slavery by Another Name: The Re-Enslavement of Black Americans from the Civil War to World War II*, Nueva York, Anchor, 2008.

(28) Thomas BORSTELMANN, *The Cold War and the Color Line: American Race Relations in the Global Era*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001; Carol

extremo que aquí nos interesa es el de que las denuncias se produjesen en términos de derechos humanos, de esos concretos derechos humanos proclamados por la Carta de las Naciones Unidas así comprometidas para chasco de quienes pensaban que los derechos humanos podían seguir funcionando como cobertura del colonialismo.

Desde algunas de las colonias sometidas a Estados europeos se asumió también con bastante rapidez el discurso de los derechos humanos no ya genéricos, sino reconocidos por las Naciones Unidas, colmando de sentido a su Carta fundacional a este respecto. Su principio de libre determinación de los pueblos comenzó a formularse en términos de derecho humano en virtud del principio de no discriminación *por raza* registrado en la Carta como regla de derechos humanos (29). Por esta vía, entre 1945 y 1948, comenzaron a cobrar sentido las proclamaciones de la Carta y especialmente la de unos derechos humanos de vocación, como tales, universal. El universalismo de este derecho vino inicialmente a afirmarse desde el exterior de las Naciones Unidas en base a su documento fundacional. En este contexto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos históricamente aparece como una reacción a la contra. Los Estados Unidos decidieron impulsarla para que las Naciones Unidas tomaran las riendas no sólo frente a la ofensiva afroamericana, sino también, con el apoyo decidido de Gran Bretaña, Francia y Bélgica, frente al movimiento anticolonial. No se busquen estas

ANDERSON, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003; Marilyn LAKE y Henry REYNOLDS, *Drawing the Global Colour Line: White Men's Countries and the International Challenge of Racial Equality*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008. Carol Anderson tiene anunciado un par de títulos más al respecto: *Apartheid: The Making and Unmaking of International Approval of White Supremacy in South Africa, 1945-1994* y *Bourgeois Radicals: The National Association for the Advancement of Colored People and the Struggle for Colonial Liberation, 1941-1960*.

(29) T. BORSTELMANN, *The Cold War and the Color Line: American Race Relations in the Global Era*, caps. I y II; Andreas ECKERT, *African Nationalists and Human Rights, 1940s-1970s*, en S.L. Hoffmann, (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, pp. 283-300. Para fenómeno similar de otro lenguaje con y tras la fundación de la Liga de Naciones, Erez MANELA, *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

evidencias entre la narrativa celebratoria de la Declaración Universal, la usual todavía al cabo ⁽³⁰⁾.

Eso explica una novedad esencial que la Declaración trae respecto a la Carta. Tras enconado debate sobre pueblos y minorías, y precisamente para la exclusión de cualquier mención ni a los unos ni a las otras, la primera decide hacer lo que no había hecho la segunda y esto es incluir, con todos los eufemismos (art. 2.2), el mantenimiento del colonialismo en sede de derechos humanos, en el mismo documento proclamatorio de los mismos, en su Declaración Universal, la cual contiene de este modo su propia denegación ⁽³¹⁾. Especial cuidado se puso en el objetivo de que pudiera seguir practicándose el trabajo forzoso y el genocidio cultural propios del colonialismo, esto incluso con el añadido de la paralela Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, un instrumento inoperativo durante largas décadas ⁽³²⁾. Los medios que padecían colonialismo, trabajo forzoso y genocidio se resintieron desde luego, pero no cesaron en su entendimiento de los derechos humanos. La prueba tiene nombre y fecha: Bandung-1955, ciudad y año donde y cuando Estados africanos y asiáticos acordaron proclamar como derecho humano el derecho a la libre determinación de los pueblos. Con esto mantenían frente a las posiciones todavía imperantes en las propias Naciones Unidas el sentido genuino del concepto de derechos humanos ⁽³³⁾. Continuaban la historia que se

⁽³⁰⁾ Marc AGI, *René Cassin, 1887-1976. Prix Nobel de la Paix. Père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Paris, Perrin, 1998; Mary Ann GLENDON, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001; Clinton Timothy CURLE, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

⁽³¹⁾ B. CLAVERO, 'No Distinction Shall Be Made'. *Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966*, citado.

⁽³²⁾ B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008; *Delito de Genocidio y Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, en Alejandro Parellada y María de Lourdes Beldi de Alcántara (eds.), *Los Aché del Paraguay. Discusión de un Genocidio*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2008, pp. 23-42; *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre la América indígena*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2011.

⁽³³⁾ B. CLAVERO, *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, citado, comentando a la contra a

había iniciado entre 1945 y 1948 sin esperar a que las Naciones Unidas se decidieran a concretar su entendimiento de los derechos humanos ⁽³⁴⁾. Por su parte, desde aquellos mismos años cincuenta, pese al impasse en la organización internacional, la Declaración comenzaba a hacerse presente entre algunos Estados por vía constitucional con efectos significativamente contradictorios respecto a derechos ⁽³⁵⁾.

Naciones Unidas recapitulan, como es bien sabido. En 1960, por medio de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, con la abstención de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Australia, Sudáfrica, Portugal y España, se adopta el concepto de derecho de los pueblos que se había formado sustancialmente al margen de la organización internacional: “The subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights (...)”; “All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development”, pronunciamiento que en 1966 se repite, lo que se más decisivo, en sendos artículos primeros, precisamente primeros, de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pero algún cabo importante hubo de quedar suelto cuando a alturas tan recientes como las del año 2007 ha de repetirse ese mismo registro de derecho de pueblos para el caso de unos en particular, los indígenas: “Indigenous

Roland BURKE, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010; también Christopher J. Lee (ed.), *Making a World after Empire: The Bandung Moment and its Political Afterlives*, Athens, Ohio University Press, 2010.

⁽³⁴⁾ D.J. WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, pp. 122-124 y 138-141, para los debates sobre libre determinación a aquellas alturas en las Naciones Unidas, aun encubriendo la oposición de los Estados coloniales bajo el manto de sus propios subterfugios y sin otorgarle la menor relevancia a Bandung (p. 142).

⁽³⁵⁾ <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/02/gentes-sin-derechos-en-el-derecho-de-los-derechos-humanos.pdf> conduce a una versión ampliada de B. CLAVERO, ‘No Distinction Shall Be Made’, citado, en la que, en un apartado constitucional no contenido en la edición impresa, considero comparativamente los casos de Guatemala, Nigeria y Malaysia.

peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development” (Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 3). A efectos prácticos, 2007 es hoy. El colonialismo está embutido en el derecho de las Naciones Unidas a mayor profundidad y a superior presión de lo que se había reconocido en 1960 con la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales ⁽³⁶⁾.

He ahí una historia de la vocación universal hasta hoy fallida de los derechos humanos de las Naciones Unidas, historia todavía en lo sustancial por hacer o incluso, previamente, por identificarse. No es sólo un capítulo de la historia de los derechos humanos, sino su núcleo. Para abordársele, no se le ha de reducirse en caso alguno a historia lineal de un derecho internacional desarrollado por las Naciones Unidas ⁽³⁷⁾. En este escenario debido hay mucho, prácticamente todo, por revisar, de lo que ya al menos puede decirse que está adquiriéndose conciencia tanto jurídica como historiográfica ⁽³⁸⁾.

*

Los derechos humanos de las Naciones Unidas se plantean a partir de los derechos constitucionales, generalizándoseles. Así expresamente operó el *Statement of Essential Human Rights* publicado

⁽³⁶⁾ Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

⁽³⁷⁾ Kenneth CMIEL, *Human Rights, Freedom of Information, and the Origins of Third World Solidarity*, en Mark Philip Bradley y Patrice Petro (eds.), *Truth Claims: Representation and Human Rights*, Piscataway, Rutgers University Press, 2002, pp. 107-130; Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

⁽³⁸⁾ Aparte por supuesto lo ya citado en dicho sentido, Susan WALTZ, *Reclaiming and Rebuilding the History of the Universal Declaration of Human Rights*, en “Third World Quarterly”, 23, 2002, pp. 437-448; Kirsten SELLARS, *The Rise and Rise of Human Rights*, Stroud, Sutton, 2002; K. CMIEL, *The Recent History of Human Rights*, en “The American Historical Review”, 109, 2004, pp. 117-135 (y en Akira Iriye, Petra Goedde y William I. Hitchcock, eds., *The Human Rights Revolution: An International History*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 27-51); Samuel MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

en 1946 por el *American Law Institute* que, aunque haya otras muchas pretensiones más o menos compatibles de por medio, se tomó de base inicial para el proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas. El catálogo que se ofrecía de *human rights* se motivaba y justificaba mediante la colación de pronunciamientos constitucionales esencialmente europeos y euroamericanos ⁽³⁹⁾. Todos los constitucionalismos de referencia conocían fronteras internas, como respecto a la mujer o en relación a gentes de otras tradiciones y costumbres en una misma sociedad, sin excepción por supuesto del propio constitucionalismo estadounidense ⁽⁴⁰⁾. Eran fronteras que podían seguirse dando por entendidas. De poco valía que la Carta de las Naciones Unidas hubiera proscrito en el campo de los derechos humanos las discriminaciones por raza, sexo, idioma o religión, cualquier *distinction as to race, sex, language, or religion* de ese signo discriminatorio. Sobre la discriminación en particular que implicaba la referencia de *raza*, nada menos que el colonialismo, la gestación de los derechos humanos de las Naciones Unidas se mostraba indiferente. Las fronteras podían pasar sin mayor problema de los derechos constitucionales a los derechos humanos cuando los segundos se concebían como una extensión de los primeros.

A partir de la misma Carta de las Naciones Unidas, muy distinta fue la concepción que se ofrecía desde otros medios, como ha podido comprobarse. Frente a unos constitucionalismos visceralmente discriminatorios y hasta excluyentes incluso en los casos en que ya adoptaban cláusulas de no discriminación, dado el arrastre de fronteras interiores, se concibieron también los *human rights* como derechos de nueva planta, la planta llanamente humana, sin tracto que les hipotecase, sin fronteras que se arrastrasen más o menos opacamente. Era a conciencia que no se invocaban *civil rights*,

⁽³⁹⁾ Louis B. SOHN, *How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights*, en "American Journal of International Law", 89-3, 1995, pp. 540-553 (así le denomina porque en principio iba a acordarse junto a la Carta de las Naciones Unidas); D.J. WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, pp. 13-23.

⁽⁴⁰⁾ Hendrik HARTOG, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 2000; B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en QF, 36, 2007, pp. 1445-1547; Barbara Young WELKE, *Law and the Borders of Belonging in the Long Nineteenth-Century United States*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.

derechos constitucionales, sino *human rights*, derechos humanos (41). En medios marginales a las Naciones Unidas, y no en su seno, así, sin discriminaciones ni fronteras, es cómo se concibió el sujeto universal de derechos que puede ser objeto de historia universal. Porque esta historia parta de la Carta de las Naciones Unidas, no transcurre a continuación sólo ni principalmente por los cauces de la organización internacional. Y algo más. No fue ese otro concepto más apropiado de derechos humanos el que adoptaron las Naciones Unidas ni en 1948 ni en 1960 ni en 1966 ni, a lo que importa, hoy. Ahí está la historia y su eficacia (42). La organización internacional ha mantenido tracto normativo y, con ello, fronteras jurídicas de efectos no menos persistente por solapados o por no enteramente reconocidos en todo caso (43).

Hay más. Porque el derecho de los derechos humanos se generara con la fundación de las Naciones Unidas, los mismos no se convirtieron en derechos fundacionales suyos. Ni siquiera nacieron con la fuerza moral que hoy casi universalmente se les atribuye (44). Dicho de un modo más abarcador, aunque ya no sea el niño único del *ius gentium* de la dominación europea, pues los progenitores se

(41) C. ANDERSON, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, citado.

(42) El canon de la historiografía académicamente dominante sigue siendo el contrario: el concepto genuino de derechos humanos se contendría siempre en la Declaración Universal (con la falsa pretensión además de que la misma sólo concibe derechos individuales, cuando los contempla de la familia y de la ciudadanía y los presupone del Estado), mientras que el derecho de los pueblos a la libre determinación habría venido a pervertir concepto tan limpio (R. BURKE, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*) o a contaminarlo (D.J. WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*).

(43) Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Nueva York, W.W. Norton, 2000; Thomas D. Hall (ed.), *A World-Systems Reader: New Perspectives on Gender, Urbanism, Cultures, Indigenous Peoples, and Ecology*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000; E. Barkan y Alexander Karn (eds.), *Taking Wrongs Seriously: Apologies and Reconciliations*, Stanford, Stanford University Press, 2006.

(44) Recientemente, con la atribución, J. MORSINK, *Inherent Human Rights: Philosophical Roots of The Universal Declaration*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009; Daniel LEVY y Natan SZNAIDER, *Human Rights and Memory*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2010; A. Iriye, P. Goedde y W.I. Hitchcock (eds.), *The Human Rights Revolution: An International History*, citado.

han diversificado ⁽⁴⁵⁾, el orden internacional actual escapa de las manos no sólo de las Naciones Unidas con toda su constelación de consejos, comisiones y comités, agencias, fondos y programas, sino también del derecho de los derechos humanos ⁽⁴⁶⁾. Su institucionalidad jurisdiccional no se ha desarrollado en forma y grado que le hagan equiparable a la correspondiente de los derechos constitucionales interestatales de ámbitos regionales como el mismo europeo ⁽⁴⁷⁾. Con todo, la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos, de todo su despliegue normativo de declaraciones, pactos, convenciones y otros tratados, es desde luego superior a la de 1948, pues entonces era ciertamente nula, pero resulta en todo caso muy débil no sólo por efecto de la comparación con casos distintos al estricto de los derechos humanos.

La necesaria historia universal del derecho de los derechos humanos no puede ignorar ni la persistente existencia de un mapa de fronteras interiorizado ni la resistente debilidad de su sistema institucional como pieza de un orden internacional. Ahí se tiene a mi entender la envergadura del reto. Calíbrese. Todo ello puede dar razón de por qué la historia jurídica de los derechos humanos no esté escrita ⁽⁴⁸⁾. Puesto que esto, la historiografía jurídica, es nuestro

⁽⁴⁵⁾ M. MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, cap. IV: "Jawaharlal Nehru and the Origins of the Global United Nations"; Turan KAYAOĞLU, *Legal Imperialism: Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010; Arnulf Becker LORCA, *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*, en "Harvard International Law Journal", 51-2, 2010, pp. 475-552, que se presenta como compendio de un capítulo de un futuro libro de título expresivo: *Mestizo International Law: A Global Intellectual History, 1850-1950*, aunque *mestizo* sea un calificativo que se queda corto si se le extrapola a la actual base constituyente del derecho internacional.

⁽⁴⁶⁾ B. CLAVERO, *¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos en tiempos postcoloniales, 1947-2011*, citado.

⁽⁴⁷⁾ Luis Ignacio GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, con su sintomática preterición del ordenamiento internacional de derechos humanos y su paradigmática aceptación acrítica de los derechos constitucionales interestatales del Consejo de Europa como derechos humanos.

⁽⁴⁸⁾ Aun quedándose a las puertas, ante un presente que comenzaría en 1945, la materia ya va asomando, tal y como merece, en los instrumentos escolásticos de historia

oficio, he aquí el momento de regresar al preámbulo con una última reflexión respecto a nuestra capacidad profesional o, quizás mejor, cultural para emprender una historia universal consciente además de las hipotecas que le presionan y de las fronteras que le minan, una historia, con esto, entre lo global y lo local más todas las ramificaciones y estratificaciones de por medio.

Quiénes nos hemos formado en la ilusión de cultivar una historia de valor potencialmente universal y, de someternos a análisis, nos encontramos ante la decepción de comprobar que así hemos contribuido a brindarle cobertura al colonialismo ya bastante de por sí solapado ⁽⁴⁹⁾, ¿cómo nos descolonizamos para que la profesión se capacite a los efectos del reconocimiento y tratamiento de la universalidad de derechos como objeto de historia allí cuando y como aparece frente a nuestras presunciones y con una contribución nuestra más bien tan sólo, por decir mucho, dubitativa y colateral? ⁽⁵⁰⁾.

Tras todo lo visto y vivido, si digo, para ir definitivamente concluyendo, que me siento escéptico, espero no provocar escándalo alguno. En el momento actual, reproduciendo, con todos los matices que se quiera, la historia del derecho sumariamente descrita al comienzo, ¿no estamos bloqueando lo realmente universalista con lo falsamente universalizable o con lo universalizado en falso? No es, sin embargo, con aparente juego de ingenio como me gustaría finalizar. El escepticismo nunca merece tener la última palabra.

¿Qué hacemos entonces? ¿Nos cruzamos de brazos? Es una opción, pero no la única ni la mejor al menos profesionalmente. Siempre cabe el sano ejercicio de la crítica. Y también el de la cooperación, aunque sea ésta en el grado mínimo de prestar atención a las voces y los trabajos de otros ámbitos y otras culturas a fin de

del derecho: Marta Lorente y Jesús Vallejo (eds.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, para el ámbito español.

⁽⁴⁹⁾ B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, citado.

⁽⁵⁰⁾ De esto de la capacidad también me ocupo en B. CLAVERO, *Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (Lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha)*, citado.

curarnos, con la humildad, del ensimismamiento ⁽⁵¹⁾. La historiografía del derecho debe comenzar por resetear y depurar su disco duro para ser menos, bastante menos, de lo que se cree.

⁽⁵¹⁾ La necesidad de la efectiva universalización por concurrencia de voces realmente ajenas se demuestra en la práctica historiográfica todavía bien difícil de percibir, ya no digo de asumir, desde perspectivas europeas de todo signo, incluso de las más perspicaces: António Manuel HESPANHA, *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa*, en QF, 41, 2012, pp. 101-135. No he de decir que el diálogo con colegas como António Hespanha o con los que nos han convocado en Florencia, Pietro Costa y Bernardo Sordi, y con otros del *Centro per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, directamente o a través de las páginas de los *Quaderni Fiorentini*, me resulta precioso para reflexiones cual la de estas páginas. Por este carácter reflexivo, sabrá disculparse el abuso de autorreferencias.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA
PARTICULARIDADES DE MÉTODO
DE UMA HISTÓRIA MUNDIAL DO DIREITO

Há mais de dez anos que o livro de Antonio Negri e Michael Hardt (*Empire*, 2000) provocou, entre políticos e militantes políticos, uma revisão do conceito de império, tal como ele era aceite pela teoria estabelecida do imperialismo (Lenine, *Imperialism, the Highest Stage of Capitalism* (1916). A novidade do livro deste par de um politólogo-revolucionário e de um crítico literário foi — simplificando muito o tópico — a de recusar a ideia de que a atual globalização dos laços políticos se deve à universalização do domínio de uma nação (os EUA) sobre todos os povos do mundo, substituindo-a pela de que a geometria da política global é a de uma complexa rede de múltiplos centros de poder, correspondendo a uma teia inextricável de muito variados interesses e ao desenvolvimento de tecnologias e estratégias políticas muito variadas. O paradigma ontológico e epistemológico em que se insere o modelo de Negri-Hardt também inspirou a desconstrução da ideia de sujeito levada a cabo por Michel Foucault (sobretudo, em *L'archéologie du savoir*, 1969) ou a multiplicação de plataformas da consciência proposta por Felix Guattari (sobretudo, *Mille plateaux*, 1980), ambos parceiros de Antonio Negri durante a sua passagem por França. Este paradigma tem muitas implicações na análise do poder, mas também na metodologia dessa análise. E, por extensão, tem também consequências na análise — histórica, sociológica e política — do direito.

A análise de Hardt-Negri incide sobre o atual império da globalização, no qual facilmente identificamos os traços distintivos da acefalia, complexidade, não intencionalidade sublinhados na citada obra. Mas — como tem sido observado (por último, v. Catarina Madeira Santos e Jean-Frédéric Schaub, “Histoires impé-

riales et coloniales d’Ancien Régime”, em v. Emmanuel Désveaux e Michel de Fornel, *Faire des sciences sociales. Généraliser*, Paris, Eds. EHESS, 2011, 293-318) — corresponde, em muitos seus traço, a formações políticas pré-modernas, para não dizer que descreve com adequação mesmo algumas das formações imperiais “imperialistas”, qualquer que seja a versão teórica que delas se tenha dado.

Este novo modelo de análise não cultiva a complexidade apenas no desenho dos seus objetos de estudo, os poderes no império. Também na metodologia de análise implica uma multiplicação e combinação de vários planos de observação do poder e dos seus mecanismos. Não ignora os mecanismos clássicos, como o direito e a coação explícita. Mas soma-lhes múltiplas formas não “oficiais”, não “formais”, não “explícitas” de constrangimento. Usámos aqui as aspas para sugerir que os conceitos habituais de forma, oficialidade e explicitação são contextuais de uma certa compreensão de poder: a forma é a forma definida por um poder oficial; o poder oficial é o que se manifesta/explicita de uma certa forma, fechando-se assim um círculo de referentes que se pressupõem uns aos outros e que, por isso, podem ser descritos, mas muito dificilmente definidos. Neste plano apenas descritivo, dir-se-á que ao direito, à administração definida pelo direito e à coação que este prevê se acrescentam agora tecnologias políticas que escapam à panóplia que o direito considera e torna visível — os constrangimentos da produção e da distribuição, os cânones da moral e do gosto, as evidências da lógica, as gramáticas da comunicação, os arquivos do imaginário, a geometria dos sentimentos. Ou seja, os planos de emergência dos objetos que vão servir para construir os modelos do político são agora muitos mais do que nas análises clássicas (“estadualistas”) da política.

Se nos situarmos no campo da análise do direito, esta modificação do enfoque lembra a contraposição entre uma perspectiva formalista, como a de Hans Kelsen, e uma perspectiva realista, como a de Herbert L. Hart. Enquanto que o primeiro assentava na imposição de um conceito de direito à realidade social, a segunda procura nessa mesma realidade o critério para definir conjunturalmente o direito. Do mesmo modo, se Hardt e Negri falam da constituição do Império, esta não é, de modo algum, um corpo normativo que estabeleça preliminarmente, a estrutura e funciona-

mento do império, mas antes o resultado, induzido e conjuntural, do funcionamento efetivo deste.

Para um saber, como a história, feito de observação e desconfiado de postulados prévios quanto à natureza dos objetos a observar, atitudes epistemológicas realistas são de grande utilidade para a tarefa de reduzir os pressupostos conceituais, ideológicos, emotivos, da observação. O preço a pagar é que os novos modelos têm que dar conta de universos muito mais incertos e muito mais vastos de coisas e são, por isso, muito mais complexos, quer se se trata de análise de escala próxima, quer se se empreende uma análise de escala macro, como é a de um poder no espaço do império. Neste momento, interessam-nos as consequências que a adoção de um modelo pós-imperial de império terá sobre a escrita de uma *world History* para o direito. Porém, a estrutura do objeto e os parâmetros metodológicos da sua observação e do seu tratamento, tal como são descritos por Hardt-Negri, valem para escalas mais próximas de observação.

A complexidade destes novos modelos — que se tornaram correntes na historiografia, quer antes da difusão da *world history*, quer antes do aparecimento do livro de Hardt-Negri — faz com que pareçam hoje muito simplistas uma série de questões e de estratégias explicativas que antes dominavam.

É o caso de oposições como centro-periferia, metrópole-colónias, capital-império, direito-normação “espontânea”, direito-moral (no sentido etimológico, relacionado com *mores*), Estado (legislação, administração)-sociedade civil, soberania-dependência, nacional-estrangeiro, punição “penal”-coação “de facto”, escrito-oral, erudito-popular. Se suspendermos a pré-compreensão “Estado”, verificamos que a firmeza conceitual e a operacionalidade classificativa destas oposições se esvaem, sinal de que elas repousavam na pressuposição dessa categoria primordial.

Ao tentar uma história mundial ou macrorregional do direito, usou-se vezes de mais e com excessiva ingenuidade metodológica modelos explicativos monistas, que imaginavam a difusão do direito como um movimento de um só sentido de um centro para uma periferia. Uma explicação justamente oposta pode ser mais eficaz e consistente com o que se observa, se esta observação não for contaminada por pré-compreensões “centralistas”. O *ius commune* — e, depois, outros direitos letrados (como, na época contemporâ-

nea, a doutrina jurídica francesa ou a alemã) — difundiu-se a partir do centro e foi passivamente recebido nas periferias. Nós hoje sabemos que esses fenômenos de “difusão/receção” — quando ocorreram, o que não foi sempre — podem ser consistentemente descrito de outra forma: as periferias, em grau diverso e segundo configurações também diversas, exprimiram as suas diversas soluções normativas em termos assimiláveis pelas categorias formais da doutrina jurídica culta para lhes dar uma maior eficácia, tanto local como global. E, neste sentido, a “receção” de um direito letrado global foi a forma de dar direitos de cidade a direitos locais e, assim, de os promover, tanto no mundo cosmopolita como no mundo vernáculo. Ao considerar os efeitos dos impérios em termos de direito, a visão comum salienta a expansão para as colónias da ordem jurídica da metrópole. Frequentemente, isto não aconteceu ou aconteceu apenas em muito reduzido grau e quase sempre na medida em que essa expansão correspondia a interesses locais. Mas, em alguns casos, a difusão do modelo jurídico metropolitano potenciava a vigência de ordens normativas locais. Este era o caso da adoção nas colónias de modelos jurídicos que valorizavam o direito localmente praticado, como acontecia com o *ius commune* continental ou com o *common law* britânico, que, por isso, promoviam um direito judicial assente nas práticas coloniais locais e lhe conferiam um reconhecimento global.

Uma boa parte da análise do poder e do direito suscetível de ser integrada numa *world legal history* foi feita com utensílios conceituais que decorriam desta pré-compreensão centralista e intencionalista das transações jurídicas e políticas, os quais foram responsáveis por algumas análises políticas das situações que deixaram de ser consideradas como pertinentes desde há umas décadas.

Uma delas foi a de uma avaliação exclusivamente “imperialista” do império, que se traduzia em reduzir todas as relações de dominação-dependência no espaço imperial às relações — de vários tipos — entre metrópole e colónias. Frequentemente, também eram reduzidos os níveis relevantes de análise, privilegiando nomeadamente o nível jurídico e político ou o nível económico. Pelo que o jogo político do império se reduzia à avaliação das relações jurídicas, políticas e económicas por meio das quais a metrópole dominava e explorava as colónias, o centro impunha as suas normas jurídicas,

políticas e económicos às periferias, os cânones cosmopolitas impunham aos vernáculos locais (Carol A. Breckenridge, Sheldon Pollock, Homi K. Bhabha, *Cosmopolitanism*, Durham-London, Duke University Press, 2002).

No nível jurídico entravam tanto a imposição do direito — sobretudo, o direito legislado — metropolitano à colónia como a sujeição das jurisdições coloniais a instâncias de recurso metropolitanas. O que aqui ficava por analisar eram as múltiplas modalidades de ação/iniciativa (*agency*) jurídica e jurisdicional dos súbditos coloniais. Não se consideravam as ordens normativas — mais ou menos “formais”, mais ou menos reconhecidas “oficialmente”, mas ou menos assumidas como tal (“explícitas”) — que se geravam no seio dos diversos grupos e comunidades dos espaços coloniais. Não se atendia à enorme massa de decisões jurisdicionais que se consolidavam na colónia, muito menos aos diferendos que se resolviam fora dos aparelhos formais da justiça “oficial”. O facto de se atender exclusivamente a normas expressamente emitidas pela administração central ou colonial ou a decisões dos tribunais oficiais orientava ainda mais a escolha das fontes para as fontes administrativas ou para as fontes de direito letrado adotado pelo aparelho administrativo e judicial colonial. As fontes passavam, assim, a ser textos e estes textos eram os que integravam o arquivo literário do direito letrado. Com base neste universo de referências não era difícil confirmar a assunção de que se partia de que o espaço colonial era destituído de um papel ativo na conformação jurídica da ordem colonial. O imaginário acerca do direito, da justiça e dos agentes jurídicos construído para a época contemporânea ainda reforçou a legitimidade desta visão estreita do mundo jurídico, pois valorizou e difundiu as dimensões estadual e letrada do direito, que não faziam parte do senso comum pré-moderno acerca do mundo jurídico.

Ao nível jurídico está estreitamente ligado o nível do poder “governamental”, tomada a expressão no sentido da análise dos mecanismos que designavam os titulares dos poderes formais de governo — as *elites políticas*. Neste plano, o eixo de análise privilegiava a descrição dos mecanismos pelos quais a metrópole impunha à colónia os seus critérios de seleção das pessoas a quem cabia tomar decisões relativas ao bem da república, privilegiando os súbditos metropolitanos ou simplesmente reservando-se a escolha dos gover-

nantes. E como, selecionadas estas pessoas, lhes dava meios jurídicos, administrativos, logísticos, policiais ou militares de desempenharem eficazmente as suas funções. O que não era tornado visível por este modelo de análise era que, muito frequentemente, o processo de designação do pessoal político pela metrópole era apenas o início de uma carreira, durante a qual aquelas pessoas se apropriavam do poder que lhes tinha sido outorgado e o usavam em função de interesses que já não eram os dos grupos metropolitanos, mas antes os interesses próprios ou os dos grupos periféricos a que, entretanto, se tinham ligado. Como também não era assinalado que estes governadores ou administradores nomeados na metrópole (mais do que pela metrópole) partilhavam as suas atribuições com vários outros níveis de governo e administração informal, quer das comunidades de colonos, quer de comunidades extracoloniais não estritamente metropolitanas (como as Igrejas e sociabilidades do tipo), quer das comunidades nativas.

No nível das relações económicas de dominação/dependência, entravam tanto os condicionantes à produção colonial, diretas ou pelo monopólio de comércio e transporte de fatores de produção (nomeadamente, mão de obra escrava, mas também ferro), como os privilégios comerciais que atribuíam aos nacionais a exclusividade para serem admitidos nas colónias (privilégio da naturalidade ou do indigenato), o princípio do exclusivo da navegação por navios metropolitanos (*mare clausum*) ou as restrições à atividade produtiva e mercantil das colónias, de modo a que não concorresse com as produções metropolitanas, antes se transformasse num complemento útil à sua economia (“pacto colonial”). Hoje é muito claro que estes mecanismos de domínio não contam toda a história da exploração económica no espaço colonial, nem sequer produzem a narrativa histórica mais consistente com a complexidade do que se pode observar na economia dos espaços coloniais: tensões entre colónias e regiões dentro da mesma colónia, entre sectores da produção, entre produtores e distribuidores

Fora desta análise “imperialista” do império ficavam certos outros níveis de análise das relações políticas entre a metrópole e as colónias, justamente porque não se trata de planos explicitamente relacionados com o poder político, na sua conceção estreita de poder do Estado, enquadrado pelo direito, tornado efetivo pelo

governo e pela administração “pública”. Ficava de fora, por exemplo, a dominação/dependência cultural, que se podia materializar no monopólio de meios de produção cultural, como tipografias ou universidades, pela metrópole; ou na instituição de vantagens para os falantes da língua metropolitana. Ou ainda a dominação/dependência ideológica, de que um dos elementos era justamente a “teoria do império” (ou a “ideologia imperial”), que incluía a legitimação teórica da função dirigente da metrópole. A montante, como sustento, teorias ou ideologias ou de índole religiosa (o “povo escolhido”), ou de natureza racial (“o fardo do homem branco”), ou fundo jurídico (os direitos do primeiro achador ou os direitos do vencedor).

Em todos estes planos de análise das relações políticas no espaço imperial, as tensões e os despiques estabeleciam-se entre muitos polos e eram muito mais complexos do que o que se consegue ver num modelo simples de dominação das colónias pela metrópole.

Ainda de que se admita que a análise das tensões entre metrópole e colónias no espaço imperial dá conta de uma parte do modelo político do império e, por isso, que se deve manter, ela terá que ser complementada por uma série de análises entre outros polos políticos, muitos dos quais constituem, de há muito, instrumentos clássicos da análise política. Se se trata, por exemplo, de construir um modelo que dê conta dos mecanismos jurídicos (scl., de regulação e de decisão de litígios/adjudicação de situações) e do seu significado político, à tensão entre o direito metropolitano e o direito da colónia, há outras tensões, por vezes transversais aos espaços metropolitanos e colonial, que têm que ser também consideradas. É relevante considerar a tensão entre vários direitos, cada qual com o seu quadro institucional-social e os seus portadores e agentes: o direito doutrinal letrado, vinculado a elites e tradições textuais académicas que ultrapassam a metrópole e as suas elites; o direito burocrático, segregado por práticas reguladoras e tradições documentais dos aparelhos administrativos; os direitos locais das comunidades de colonos hegemónicas por elites e tradições políticas locais; as ordens normativas embebidas nas práticas habituais (“economias morais”) de grupos subalternizados de vários tipos; as

ordens normativas implícitas nos padrões de convívio das sociedades de fronteira, menos permanentes e estruturados.

Por outro lado, esta análise conduzida no plano jurídico (seja isso o que for...) tem que ser relacionada com averiguações conduzidas noutros planos. Por exemplo. Um setor substancial da regulação decorre diretamente de princípios embebidos em compreensões doutrinárias ou em complexos ideológicos de base, relativos às imagens do que seja o universo, o seu criador, homem e as sociedades humanas, a hierarquia das nações, a guerra, a relação dos homens com as coisas, etc. Não quer dizer que esses discursos, explícitos ou implícitos, sejam deliberadamente construídos para imporem comportamentos, o que — no entanto — por vezes também acontece; quer dizer que eles têm impacto sobre os atores e condicionam os seus comportamentos. As análises de E. P. Thompson sobre a economia moral das classes trabalhadores inglesas (“The Moral Economy of the English Crowd in the 18th Century”, 1971) ou o livro de E. Said sobre o orientalismo (*Orientalism*, 1979) são exemplos famosos de estudos desta função normativa de discursos facialmente não jurídicos.

Nada do que aqui se diz tem uma relação peculiar e exclusiva com uma história do direito de espaços alargados ou do espaço mundo. Mesmo uma história jurídica de intenção local tem que ter em conta esta necessidade de não antecipar definições ou contornos dos objetos a estudar e de deixar falar a pluralidade de sentido daquilo que pudermos observar. Em todo o caso, à medida que se alarga o campo de observação (ou que aumenta a sua profundidade histórica) a experiência observada complexifica-se e aumenta a diversidade de aspetos sob os quais aquilo a que chamamos direito se pode apresentar. Embora não a propósito de direito, Sanjay Subrahmaniam salientou a diversidade de “texturas” sob as quais o nosso género “história”, em culturas diversas, se pode apresentar (Rao, Velcheru Narayana; Nārāyaṇarāvu, Vēlcēru; Shulman, David Dean; Subrahmanyam, Sanjay, *Textures of time: writing history in South India*, London, Other Press, L.L.C, 2003). Com o direito acontece o mesmo. E embora isto seja verdade mesmo no plano de uma história jurídica localmente focada, é-o ainda mais à escala de uma narrativa histórica alargada a espaços mais vastos.

A história jurídica do espaço mundo, bem como todos os métodos que comparam ou conectam espaços históricos (v. Olivier Remaud, Jean-Frédéric Schaub e Isabelle Thireau, *Faire des sciences sociales. Comparer*, Paris, Eds. EHESS, 2011), ao alargar o campo de observação, obriga a reforçar a nossa atenção metodológica no sentido de adotar processos de observação que não excluam nada do que se observa e modelos de explicação que abranjam todo esse material.

PAOLO GROSSI
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Fortunatamente, grazie alla sapienza degli organizzatori, non viene chiesta a me una pesante e necessariamente articolata Relazione di sintesi, bensì alcune agili ‘considerazioni conclusive’. Il che mi consentirà di essere rapido e di permettere ai Colleghi venuti da fuori-Firenze di raggiungere al più presto la stazione ferroviaria. Non posso, però, non cominciare esprimendovi un duplice sentimento di schiettissima soddisfazione.

Il primo lo manifesto come storico del diritto: perché, ieri e oggi, ho veduto qui riuniti, attenti e partecipi, studiosi prestigiosissimi, i quali, pur provenienti da paesi diversi, pur testimoni di culture diverse e parlanti lingue diverse, hanno realizzato una grande e armonica comunità scientifica al lavoro, una comunità che riusciva a trovare in Firenze, nel nostro ‘Centro’ fiorentino e nei ‘Quaderni fiorentini’ un singolare perno accomunante.

Il secondo lo manifesto, invece, come un ‘ex’, o, per usare il più gradevole sintagma francese, come *ancien directeur* del ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ e come *ancien rédacteur* dei ‘Quaderni fiorentini’; e consiste nel rendere due sentiti omaggi a Bernardo Sordi e a Pietro Costa. A Bernardo per la organizzazione perfetta di questo Incontro, ma — forse — anche per qualcosa di più. António Manuel Hespanha, nel suo intervento di alcuni minuti fa, ha usato, a proposito del risultato del grosso lavoro organizzativo, l’aggettivo ‘elegante’ che io trovo estremamente appropriato. Da vecchio organizzatore di cultura, so bene quanto sia difficile offrire agli ospiti di un Convegno non soltanto funzionalità ma anche un certo stile di accoglienza che fa sentire l’ospite a suo agio. Bernardo, fedele a uno stile autenticamente fiorentino, ci è riuscito, e a lui vada — penso anche a nome di tutti Voi — una espressione di viva gratitudine. A Pietro per come ha saputo guidare

i ‘Quaderni fiorentini’ dopo il trentesimo volume, che fu l’ultimo sotto la mia Redazione; dove il verbo ‘guidare’ significa concretamente far crescere sul piano della qualità culturale, arrivando a dei traguardi di eccellenza che io non ero stato capace di conseguire. Gli esempi, tratti dal susseguirsi dei volumi nel passato decennio, potrebbero essere parecchi. Mi limito a citarne uno, che è stato menzionato poco fa da Bartolomé Clavero nel suo Intervento e che è assolutamente esemplare: il ‘Quaderno’ del 2008 dedicato a “I diritti dei nemici”.

2. Dando avvio alle considerazioni conclusive previste nel programma, aderisco con piena adesione a quanto ha affermato il Direttore del Centro nelle sue felici parole di esordio: questo Incontro tende, più che a celebrare il quarantennio dei ‘Quaderni fiorentini’, a promuovere una sorta di interrogazione comunitaria sulla incidenza dei quaranta anni appena trascorsi nell’itinerario delle ricerche storico-giuridiche.

La riflessione sulla vita dei ‘Quaderni’ è, pertanto, l’occasione provvida per porci alcune domande, che sono inquietanti ma necessarie: abbiamo corrisposto, noi storici del diritto, a quanto ci viene oggi richiesto da una ormai conseguita provvedutezza metodologica? abbiamo corrisposto a quel ruolo che esige oggi da noi la attuale cultura giuridica? sono stati i quaranta anni alle nostre spalle un tempo di accidia e di inerzia, magari di sordità, forse anche di fuga, rispetto al divenire rapido e, al tempo stesso, profondo dell’attuale flusso storico?

Insomma, credo che il nostro Incontro debba essere interpretato, ben al di fuori di vuote liturgie celebrative, piuttosto come un ripensamento collettivo. Con qualche venatura di maliziosità io aggiungerei: come un necessario esame di coscienza, nella estrema probabilità della messa in opera da parte nostra di parecchi e non lievi peccati.

Che cosa emerge dall’insieme dei ricchi interventi delle due giornate? Direi: luci ed ombre, sordità e disponibilità, sia da parte degli storici del diritto che dei cultori di un diritto positivo. Sarei, però, propenso a seguire Michael Stolleis nel suo cauto ottimismo; il quadro cupamente pessimistico disegnato da Pio Caroni è, forse, legittimato dalla peculiare situazione della odierna cultura giuridica

elvetica, che appare lontanissima dal tempo in cui Eugen Huber aveva fatto della Svizzera un autentico crocevia culturale agli occhi di ogni osservatore giurista.

Certamente, guardando a ritroso fino al colmo della modernità giuridica nei secoli XVIII e XIX, momento dominato dal rigido statalismo post-illuministico e dal conseguente rigido legalismo, era un gretto positivismo a imperare dappertutto in Europa continentale, perfino nella psicologia di quegli stessi giuristi vittime del riduzionismo moderno ma insensatamente soddisfatti di essere *servi legum*. Con un atteggiamento decisamente miope, era solo il presente/vigente ad avere rilievo, e quasi sempre si trattava di un presente/vigente all'interno di confinatissimi territori politici.

È evidente che qui, in questo clima, ogni comparazione, sostanziandosi in uno sguardo al di fuori, assumeva la veste di una azione conoscitiva superflua se non addirittura inopportuna. Mi permetto due esemplificazioni, che trago da due illuminanti interventi.

Rafael Estrada, a proposito della realtà messicana, parla di un "panorama negro y preocupante". Non ha torto: lo Stato fortemente centralizzato, che subentrò al pluralista regime coloniale spagnolo, ha ridotto un ricchissimo e plurale ordinamento giuridico nel rigido sistema legale eloquentemente rappresentato da Codici copiati su modelli napoleonici. Ne sono stato io stesso buon testimone: quando, parecchi anni or sono, nel mio primo viaggio in Messico, tenni conferenze in alcune Università, constatai con rammarico l'assoluto prevalere di scelte normativistiche e una presenza incombente, indiscussa e indiscutibile, del cattivo maestro Kelsen. Per la storia del diritto il risultato era obbligato: all'interno di una Facoltà giuridica, si trattava di un lusso, e nulla più.

Lihong Zhang ha ripercorso, invece, un chiarificatore itinerario comparativo entro la realtà cinese: nella quale si sono alternati un grosso rilievo della storia del diritto durante l'impero manciù politicamente slabbratissimo ma giuridicamente pluralista, una stagione di incomprensione e di rifiuto durante lo statalismo centralistico imposto dalla rivoluzione maoista, una stagione di riscoperta e rinnovata valorizzazione durante le recenti aperture improntate a un maggior pluralismo giuridico.

3. Il nostro passato moderno non offre, dunque, allo storico

del diritto una visione che possa indurre a conclusioni ottimistiche, ma è nel pos-moderno che si è avuto, se non un capovolgimento, certamente un lento — però, progrediente — mutamento, dapprima nella società e, successivamente, nelle istituzioni e nell'atteggiamento psicologico degli stessi giuristi (almeno dei più aperti alla osservazione del contesto storico). Il Novecento, tempo pos-moderno, è, infatti, il terreno in cui matura una crisi profonda dello Stato, che si trasforma — a livello di fonti del diritto — nella crisi della legge e di quella riduttiva visione positivista che coglieva la giuridicità come inestricabilmente connessa al potere politico e ai suoi comandi.

È un secolo che, ad avviso di chi Vi parla, non si è ancora esaurito e continua oggi a vivere quale lunga transizione (tuttora in atto) fuori della modernità. E, sempre più, nei cento anni che stanno alle nostre spalle, con il sempre più profondo mutarsi dei fatti sociali economici politici tecnici, con la riscoperta della complessità di ogni dimensione storica (ultima anche quella giuridica), il rigido monismo giuridico moderno (un solo produttore di diritto — lo Stato —, una sola fonte — la legge) è stato costretto a trasformarsi in pluralismo. Il diritto ritrovava così la sua genesi nell'immediatezza della società, le fonti si pluralizzavano e, ovviamente, si deipicizzavano.

È il tempo dell'abbandono delle impassibili mitologie moderne, delle sue costruzioni pietrose, dei suoi dogmi: alla purezza e astrattezza si veniva sostituendo la fattualità, con venature sempre più marcate di elasticità in opposizione alla rigidità affermata, realizzata, teorizzata durante la modernità.

Tutto questo discorso può sembrare uno sviamento rispetto al problema che ci assilla, ma non lo è, perché dà un fondamento preciso al mio moderato ottimismo.

Con il pluralismo giuridico pos-moderno è avvenuta una sorta di rivoluzione culturale: si è recuperata una diffusa convinzione nella storicità del diritto. Il diritto, proprio perché attinge allo strato profondo dei valori di una civiltà, può e deve consolidarsi anche in categorie teoriche, in concetti, e può anche erigersi in costruzioni sistematiche tendenti a durare, ma non può mai abdicare al carattere che gli è naturale, e cioè alla storicità. È stata questa, d'altronde, la grande conquista scientifica del Novecento, quando si è conclamata la verità, elementare ma latente, che il diritto è innanzi tutto

ordinamento, è vocato a ordinare il corpo sociale, ad essergli necessariamente aderente nel costante modificarsi di quello.

Svolta rivoluzionaria per le fondazioni giuridiche dell'Europa continentale, per come l'illuminismo settecentesco le aveva teorizzate e per come il giacobinismo le aveva attuate: il presente/vigente non poteva esaurire l'attenzione dei giuristi; quel punto della linea storica non poteva essere isolato dalla linea, ma conseguiva concretezza soltanto dal senso della linea nella sua proiezione dal passato al futuro.

Il recupero della dimensione storica non si presentava più come una analisi superflua, quasi un lusso da evitare, bensì quale insostituibile strumento interpretativo. E oggi, almeno in Italia, il cultore avveduto del diritto positivo è il primo ad essere persuaso di questa acquisizione, una acquisizione che si identifica nell'unica scelta epistemologicamente corretta. Il recupero della storicità del diritto è la circostanza nuova — nuova perché propria degli ultimi cento anni — che motiva il mio moderato ottimismo.

Da osservatore — il più possibile attento — della realtà italiana contemporanea (che è, ovviamente, quella che i miei occhi percepiscono con la maggiore immediatezza) non posso, però, nascondermi che sussistono delle ostinate sordità. Quali? Quelle di non pochi storici del diritto, che si rifugiano in una erudizione fine a se stessa; in una erudizione, cioè, che non è la base necessaria perché possa dirsi fondata l'intuizione e l'interpretazione dello storico, ma che si esaurisce (e anche si inaridisce) nel gusto archeologico della raccolta minuziosa di dati e date. Isolamento pernicioso, culturalmente ed eticamente riprovevole. Quelle di non pochi cultori del diritto positivo, che si rifugiano nel culto e nella esegesi del testo normativo, quasi che entro quei confini testuali si esaurisca la giuridicità; e il testo cartaceo — separato dal suo naturale contesto — galleggia as-tratto dalla società che pur dovrebbe contribuire ad ordinare. Isolamento pernicioso, culturalmente ed eticamente riprovevole.

4. La coscienza della storicità del diritto è la bussola che permette a ogni giurista di non alterare la essenzialità del proprio oggetto conoscitivo; strumento prezioso soprattutto per il cultore di un diritto positivo, che durante la modernità ha operato drastici riduzionismi in armonia con la generale ossessione legalistica, ma

che corre tuttora un simile rischio nel solco di un formalismo legalistico niente affatto sopito.

Per scendere più addentro in casa nostra, ossia a quanto riguarda noi storici del diritto, io credo che si debba, però, compiere un altro preciso recupero: di sentirsi, ciascuno di noi, membro a giusto titolo della comunità dei giuristi, di convincersi che i nostri atti cognitivi sono atti di conoscenza giuridica, pretendendosi da ciascuno il possesso pieno del vocabolario e dell'ideario dei giuristi.

Non è un invito inutile, anche se sarebbe logico ritenere assolutamente scontato l'oggetto dell'invito. Troppo spesso, infatti, lo storico del diritto — pur vivendo, in Italia, quasi esclusivamente all'interno delle Facoltà di Giurisprudenza — vi si è sentito (ed è stato sentito) come un corpo estraneo, accentuando la sua separazione da tutto il resto della comunità. Troppo spesso è palese il rifugio nel cantuccio più appartato, vanificando ogni possibilità di dialogo con chi si occupa di diritto vigente.

Questo problema di una convivenza tra estranei era vivissimo quaranta anni fa, e proprio all'insegna di un doveroso dialogo fra giuristi, cioè fra personaggi uniti da uno stesso sapere conoscitivo, nacquero i 'Quaderni fiorentini'; e già nel progetto di pagina introduttiva per il formando primo volume — diffuso da me nella primavera del 1971 — io proponevo un comune banco di lavoro, compiendo metodologicamente un passo innanzi rispetto alla impostazione assunta alcuni anni prima da Francesco Calasso. Il Maestro leccese aveva meritoriamente parlato di 'dialogo con i giuristi', tendendo ad avvicinare intellettuali che egli avvertiva, però, collocati in posizioni sensibilmente diverse.

Io parlavo asciuttamente, in quella mia pagina, di 'dialogo tra giuristi', puntando più su ciò che unisce, e cioè sull'essere partecipi di una stessa avventura scientifica, sull'essere osservatori e analisti di una stessa dimensione della realtà sociale (quella giuridica), muniti di uno stesso vocabolario e di uno stesso ideario collaudati in più di duemila anni di riflessioni e costruzioni.

Non ero — né sono — così sprovveduto dal propugnare una indebita mescolanza all'insegna di un approccio eclettico che è sempre epistemologicamente da respingere. Il banco comune di lavoro — i nostri 'Quaderni', per esempio — non avrebbe significato né per lo storico né per il cosiddetto 'vigentista' il rivestirsi di panni

non proprii e pertanto inadatti. Ognuno avrebbe dovuto continuare a fare il mestier suo, ma senza innaturali isolamenti, senza quelle nefaste solitudini contro cui ho creduto di predicare tante volte e che hanno ridotto troppo spesso le Facoltà di Giurisprudenza ad arcipelaghi dove non sussistevano ponti fra le varie entità insulari. L'auspicato banco comune di lavoro significava semplicemente attenzione di ciascuno degli operai verso l'altro, reciproco ascolto verso il lavoro dell'altro e un conseguente reciproco arricchimento; il tutto quale diretta conseguenza di quella troppo dimenticata realtà che è l'unità della scienza giuridica.

Ciò che io contestavo — e, in parte, ancora contesto — allo storico del diritto è l'assenza di un salvante atteggiamento psicologico di appartenenza alla scienza giuridica, l'assenza di un sentimento di solidale comunanza con gli altri giuristi, conseguenza probabile di una scarsa dominanza degli strumenti di analisi proprii a colui che sa di diritto.

Questo ha, spesso, anche impedito agli storici del diritto di adempiere il ruolo pedagogico e, forse, tipicamente pastorale (culturalmente pastorale, s'intende!), che io assegno loro senza perplessità: il ruolo di fungere da coscienza critica per il cultore di un diritto vigente. Sì, perché solo l'insegnamento dello storico può ricordargli la troppo negletta verità che quel diritto vigente è soltanto un punto della lunga linea storica, che — pertanto — è indebito assolutizzarlo come se le soluzioni in esso ricevute siano le migliori possibili; perché unicamente lo storico — che è per sua natura un relativizzatore — può con il suo sapere squisitamente comparativo, ponendo in dialettica forte passato e presente, non imporre certamente modelli imperativi provenienti dalla vita trascorsa, bensì arricchire la virtù penetrativa dello sguardo del privatista e del pubblicista, fornendogli una più lucida capacità demitizzatoria e una valutazione maggiormente critica del suo oggetto di conoscenza.

5. Mettendo, tuttavia, da parte le or ora elencate carenze, mi sembra di poter insistere sul mio atteggiamento di moderato ottimismo contemplando il cammino che, dal 1971 ad oggi, la storiografia giuridica ha fatto; ovviamente, con un riferimento particolare a quella italiana.

In primo luogo, si è colmato buona parte del clamoroso vuoto

che — quaranta anni or sono — fu una delle ragioni della nascita del ‘Centro’ e dei ‘Quaderni’. Nei primi anni Settanta si era ancora dei medievisti. Grazie alla svolta impressa da Calasso, avevamo lasciato le indagini sull’alto medioevo, un terreno di origini così caro alla sensibilità culturale di vecchi maestri come Bognetti, Brandileone, Mor, Pitzorno, Vaccari, e si era dato vigorosamente mano a dissodare quello ancora vergine del diritto comune classico, disseppellendo un ricchissimo forziere storico-giuridico. Ma l’esperienza giuridica moderna e ancor più la contemporanea restavano un campo da esplorare.

Di più! Si guardava con un po’ di sufficienza e diffidenza chi osava rivestirsi dei soli panni del modernista. Ricordo ancora la gelida accoglienza che ebbe nel 1963 un libretto intelligente e coraggioso dedicato ad “Alfredo Rocco e l’ideologia giuridica del fascismo”. L’autore, Paolo Ungari, non apparteneva a una delle consolidate scuole storico-giuridiche italiane, essendo allievo di un commercialista geniale e coltissimo, Tullio Ascarelli; egli fu, agli occhi di pochi dei suoi coetanei, un antesignano, anche se a parecchi dei *seniores* quel libretto, che osava riflettere su cose dell’immediato ieri e addirittura su un tema incandescente come l’ideologia giuridica del regime fascista, parve temerario perché esorbitante dai terreni più sedimentati che apparivano i soli congeniali a una analisi storiografica.

Oggi, chi si desse a redigere un inventario, dovrebbe prendere atto con soddisfazione di una situazione assai diversa. Forse anche con qualche merito del ‘Centro’ fiorentino e dei fiorentini ‘Quaderni’, abbiamo una buona messe di studii investiganti le più recenti trasformazioni dell’ordine giuridico. Ciò ha colmato un vuoto, come più sopra si diceva, ma ha anche portato l’attenzione dello storico di professione su un terreno più familiare al ‘vigentista’ e sul quale il banco comune di lavoro era assai più fattibile che su un terreno fertilissimo come il medioevo ma di accesso assai difficile per chi non avesse specifici strumenti filologici e culturali.

In particolare, lo storico italiano del diritto ha percepito con maggiore intensità di essere il custode e l’interprete della linea storica che lega il passato al presente, che può compiutamente storicizzare il passato solo se c’è in lui una viva consapevolezza dei valori da lui vissuti come uomo del presente, che lo strumento

metodologico della comparazione, proprio perché rispettoso della tipicità dei singoli tempi storici, riesce ad avvivare quelle tipicità, aumentando la visione critica del presente e offrendo un solido contributo anche alla costruzione del futuro.

Nell'intervento dell'amica Marta Lorente ho apprezzato questo ruolo tutto nuovo assegnato allo storico del diritto grazie al conseguimento di orientazioni epistemologicamente più complesse. Per Marta era agevole farlo come allieva di quel grande testimone che è stato per me e per tutti noi Francisco Tomàs y Valiente: la sua vicenda di robusto indagatore dell'esperienza giuridica medievale così come di quella moderna, di giudice costituzionale e di Presidente del 'Tribunal constitucional' nel difficilissimo momento di transizione della Spagna dalla dittatura franchista alla democrazia parlamentare sono la dimostrazione che le mie parole possono diventare una realtà storicamente concreta.

Vorrei aggiungere, su questo punto, una ulteriore considerazione che serve ad avvalorare e a motivare la mia ottimistica visione, ed è su recenti scelte dei temi d'indagine da parte degli storici del diritto. Spesso la salvante dialettica passato/presente emerge proprio da una siffatta scelta. Se qualcuno si diletta ancora a contare i granelli di polvere che il passato ha depresso sui gradini del divenire storico, non mancano coloro che affrontano temi basilari come 'costituzione', 'codice', 'gerarchia delle fonti', 'interpretazione', 'ruolo del giurista', dove l'analisi storiografica, senza l'alterazione di inaccettabili anacronismi, in forza della dialettica vivace passato/presente nella consapevolezza dello storico, contribuisce ad aiutare il giurista attuale nelle sue fatiche costruttive.

Un'ultima notazione, che ritengo necessaria, anche se mi rendo conto che il tempo stringe; e concerne il recupero di sempre maggiori spazi geografici. Il riferimento è, almeno per le mie limitate conoscenze, a una terra nuova, l'America Latina, dove una responsabile storiografia giuridica è in continua crescita culturale, con una sempre maggiore presenza all'interno delle realtà universitarie. Io vorrei qui parteciparvi una mia esperienza personale per quanto attiene al Brasile, che funge — ai miei occhi — da grande laboratorio culturale con una crescita sorprendente.

Quando io mi recai per la prima volta in Brasile, nei primi anni Settanta, fui ospite dello 'Instituto dos Advogados' dello Stato di Rio

Grande do Sul, perché era un brillantissimo avvocato di Porto Alegre — che si era specializzato a Roma in diritto penale — ad invitarmi. La storia del diritto era totalmente assente dai piani di studio delle Facoltà giuridiche brasiliane, e, se c'era qualche libro avente a oggetto analisi sul percorso storico del diritto brasiliano, questo era dovuto alla rara curiosità di sparuti cultori del diritto positivo. Sono ritornato, in seguito, diverse volte in quel grande paese e ho constatato un continuo progredire. Oggi, siamo in presenza di autentiche fucine, dove si insegna la storia del diritto, si pubblicano pregevoli indagini, si allevano discepoli. Ne cito soltanto due, perché hanno con Firenze un continuo tessuto di relazioni, ma sicuramente fo torto ad altre realtà universitarie: le Facoltà di Giurisprudenza della Università dello Stato del Paranà in Curitiba e della Università dello Stato di Santa Catarina in Florianopolis. La presenza qui, a questo Congresso, dei colleghi ed amici Ricardo Marcelo Fonseca e Arno Dal Ri, due docenti in quelle Università, due provvedutissimi storici del diritto e due ammirevoli promotori di ricerche storico-giuridiche, lo stanno a dimostrare.

Insomma, il mio non è un ottimismo incauto e inconsapevole. Penso che ci siano, per tutti noi, parecchi motivi di speranza. Ed è con questo accenno a una fondata speranza che vorrei chiudere queste troppo lunghe considerazioni conclusive. Lo faccio ben volentieri, giacché vedo in questa aula gremita moltissimi giovani, i protagonisti del nostro futuro. Io credo che, pur nei difficilissimi anni che stiamo vivendo in Italia e nella intiera Europa, i nostri giovani possano lavorare con serenità. L'essenziale è che si facciano, con il loro lavoro, continuatori di quel recupero sul quale ho tanto insistito. Oggi non è più tempo dei cosiddetti cappelli storici che venivano appiccicati alle indagini di diritto positivo e che mostravano chiaramente tutta la loro superfluità e inutilità. Oggi, forti della acquisita coscienza da parte di tutti della intima storicità del diritto, la dimensione storica è dimensione intrinseca alla scienza giuridica, che grazie ad essa può esprimersi e fondarsi più compiutamente. C'è sicuramente ancora molto da fare, ma è a questo che siete chiamati voi giovani. Abbiamo un disperato bisogno del vostro lavoro.

INDICE SOMMARIO

<i>Premessa</i>	v
BERNARDO SORDI, <i>Parole introduttive</i>	1

STORIOGRAFIE GIURIDICHE NAZIONALI: LO STATO DELL'ARTE. IL QUADRO EUROPEO

CLAUDIA STORTI, <i>La storiografia giuridica italiana dal 1972 a oggi: stato dell'arte e prospettive</i>	9
MICHAEL STOLLEIS, <i>Il quadro europeo</i>	33
JEAN-LOUIS MESTRE, <i>France</i>	41
CLARA ÁLVAREZ ALONSO, <i>La historiografía jurídica española reciente</i>	57
MARTA LORENTE SARIÑENA, <i>Después de Hispania. Algunas reflexiones sobre la historiografía jurídica en España (1989-2013)</i>	81
HEIKKI PIHLAJAMÄKI, <i>Legal History in Finland: the Nordic and European Context</i>	121
DAG MICHALSEN, <i>What is Legal History in Norway?</i>	131

STORIOGRAFIE GIURIDICHE NAZIONALI: LO STATO DELL'ARTE. OLTRE L'EUROPA

ARNO DAL RI JR., <i>La storiografia giuridica brasiliana letta attraverso l'esperienza storiografica penale: note per la consolidazione di una disciplina</i>	141
VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, <i>Ensayo sobre la historiografía jurídica en la Argentina. Tradición científica y estado actual del arte</i>	181
RAFAEL ESTRADA MICHEL, <i>La Historia del Derecho en México. Un estado de la cuestión en la formación de los operadores jurídicos</i>	215
LIHONG ZHANG, <i>Evolution of Research Methodologies of Chinese Legal Historiography</i>	253

STORIA DEL DIRITTO E SCIENZA GIURIDICA

AURELIO CERNIGLIARO, <i>La sfida di un perdurante dialogo tra giuristi alla ricerca d'identità</i>	293
CARLOS PETIT, <i>Historia y teoría del proceso civil garantista</i>	325
PIO CARONI, <i>Quando lo storico incrocia il vigentista</i>	367
JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>Quale scientia juris per la storia del diritto?</i>	375
MICHEL TROPER, <i>L'histoire du droit et la théorie générale du droit</i>	387
JOACHIM RÜCKERT, <i>History of Law and Legal Science</i>	399
RICARDO MARCELO FONSECA, <i>Tra mimesi e jabuticaba: Recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo</i>	415

OLTRE LE STORIE NAZIONALI:
SPAZI E CONFINI NELLA STORIA GIURIDICA

ITALO BIROCCHI, <i>Oltre le storie nazionali: dalla storia del diritto alle storie del diritto</i>	427
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>¿Historia del derecho sin fronteras? Los derechos humanos como historia</i>	455
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>Particularidades de método de uma história mundial do direito</i>	483

* * *

PAOLO GROSSI, <i>Considerazioni conclusive</i>	493
<i>I collaboratori di questo volume</i>	505

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

CLAUDIA STORTI

Prof. Ordinario di storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano

MICHAEL STOLLEIS

Emer. Professor für Öffentliches Recht und neuere Rechtsgeschichte — Universität Frankfurt am Main; *Ehemaliger Direktor des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*

JEAN-LOUIS MESTRE

Professeur d'Histoire du droit — Université 'Paul Cezanne' Aix Marseille

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

Profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad Autónoma de Madrid

MARTA LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho — Universidad Autónoma de Madrid

HEIKKI PIHLAJAMÄKI

Professor of Comparative Legal History — University of Helsinki

DAG MICHALSEN

Professor i Rettshistorie — Universitet i Oslo

ARNO DAL RI JR.

Professor de Teoria e História do Direito Internacional — Universidade Federal de Santa Catarina

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

Director — Instituto de investigaciones de historia del derecho — Buenos Aires

RAFAEL ESTRADA MICHEL

Director — Instituto Nacional de Ciencias Penales — México

LIHONG ZHANG

Professor of Law — East China University of Political Science and Law — Shanghai

AURELIO CERNIGLIANO

Prof. Ordinario di storia del diritto medievale e moderno — Università di Napoli 'Federico II'

CARLOS PETIT

Catedrático de Historia del Derecho — Universidad de Huelva

PIO CARONI

Prof. Emeritus — Universität Bern

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

Professeur d'Histoire du droit — École Normale Supérieure — Paris

MICHEL TROPER

Professeur de Théorie générale de l'Etat — Université Paris Ouest Nanterre

JOACKIM RÜCKERT

Ord.Professor für Juristische Zeitgeschichte und Zivilrecht — Universität Frankfurt am Main

RICARDO MARCELO FONSECA

Professor de História do direito — Universidade Federal do Paraná

ITALO BIROCCHI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Roma 'La Sapienza'

BARTOLOMÉ CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

ANTÓNIO MANUEL HESPHANHA

Catedrático de História do direito — Universidade Nova de Lisboa

PAOLO GROSSI

Prof. Emerito di storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze; *Giudice della Corte Costituzionale*

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

- 44 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, *IL SOVRANO TUTORE*
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, *TOMÁS Y VALIENTE*
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, *L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO*
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, *LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE*
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 *GIURISTI E LEGISLATORI*
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, *SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE*
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, *ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO*
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 **CODICI**
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, **IURISDICTION**
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, **TRA LEGGE E CONTRATTO**
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzeola, **NEL SEGNO DEI TEMPI**
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, **GENERALIA DELICTORUM**
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, **PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)**
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, **SCRITTI IN ONORE DEI PATRES**
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, **INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO**
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, **SOCIETÀ, DIRITTO, STATO**
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, **L'ORDINE CORPORATIVO**
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, **RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE**
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, **GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)**
(2007), 8°, p. VIII-156

- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, CENSORI E GIURISTI
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, IL GIUDICE E LA LEGGE
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166

- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei quaderni fiorentini
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 48,00

5260-56

ISBN 88-14-18200-0



9 788814 182006