

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**15**

(1986)



**giuffrè editore milano**

ISBN 88-14-01052-8

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano  
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.

---

(1986) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

## PAGINA INTRODUTTIVA

*Longius procedamus.* L'anno 1985 è stato per i 'Quaderni' e, prima ancora, per il nostro Centro di studi un anno di riflessione, di una riflessione portata innanzi all'insegna dell'umiltà, perché tessuta di introspezione critica, di attenzione verso esperienze culturali diverse, di comparazione.

Abbiamo convertito l'isolamento connaturale dei giuristi in apertura dialogica, in piena disponibilità all'ascolto di voci estranee.

Il Quaderno XIV ha portato a termine un colloquio — iniziato l'anno prima — con sociologi e antropologi del diritto ospitando pagine metodologiche e campioni di ricerca. Una empiria totale spiccava da quelle pagine e da quei campioni e, insieme, un discorso nutrito di fattualità, dall'attacco fresco, deliberatamente costruito sulle sabbie del costume quotidiano, di una documentazione che aveva per il giurista, nello stesso tempo, un vivo sapore di concretezza ma anche il segno disarmante dell'impalpabile, dell'effimero, del transitorio. Faceva spicco soprattutto una profonda diversità nell'approccio metodico e financo nella scelta delle fonti: al pudore, alla discrezione, allo scrupolo del giurista nello scegliere le sue fondazioni (pudore, discrezione e scrupolo che nascevano da una epistemologia collaudata da due millenni di analisi culturale e rigorosamente selettiva del mondo sociale) si contrapponeva la 'sfrontatezza', la 'disinvoltura', la 'disinibizione' dell'antropologo che sembrava pago soltanto del suo rapporto frontale coi fatti. E il giurista, avvezzo alle sedimentazioni e radici profonde, avvezzo insomma ai valori e all'osservanza legata a questi valori, poteva restarne sconcertato; ma gli giovava la frizione con altre dimensioni e la coscienza di altre ragioni metodologiche.

Il 'Quaderno' di quest'anno 1986, se si eccettua il saggio 'manzoniano' di Luca Mannori che ha carattere meramente

storiografico, si adagia invece entro i confini riposati della storia del diritto e — in attesa e in preparazione di quello monografico dell'87 che sarà dedicato al tema impegnativo della storia delle Riviste giuridiche italiane — può dirsi a contenuto eterogeneo anche se un nucleo consistente dei saggi ha un orizzonte esclusivamente giuspubblicistico.

Fra i molti contributi che potremmo indicare al lettore vogliamo sottolinearne uno solo: il doveroso ricordo di Carl Schmitt, protagonista complesso del pensiero giuridico del Novecento, che abbiamo affidato a una complessa lettura critica. Un maestro dell'attuale diritto pubblico italiano, Mario Nigro, amico e collaboratore dei nostri 'Quaderni' da vecchia data, ripercorre la lunga e speculare vicenda intellettuale schmittiana analizzando da un osservatorio squisitamente giuridico (ma senza cedere a tentazioni scompositive) il nodo indissolubile e coesenziale che lega in Schmitt diritto e politica; e si distende in un contrappunto significativo tra la riflessione schmittiana e quella di un grande giurista italiano, Costantino Mortati. Un giovane e acuto e brillante politologo, Lorenzo Ornaghi, incentra invece lo sguardo sulla analisi del rapporto fra 'Stato' e 'politico' come chiave di comprensione del pensiero schmittiano e come sostegno essenziale della sua coerenza.

Abbiamo accennato qualche rigo sopra a Mortati. E di Lui, che fu autorevole collaboratore della nostra Rivista <sup>(1)</sup>, vogliamo segnare qui con intensità il nome, nel primo volume dei 'Quaderni' che vede la luce dopo la Sua scomparsa. Costantino Mortati si è spento in Roma, dopo estenuante malattia, il 24 ottobre 1985. Ora che la morte ci consente di guardare con maggiore distacco alla Sua opera ormai tutta definita e conclusa, la lucida e profonda pensosità del personaggio, la vigoria del Suo sapere intuitivo, la presenza scoperta o nascosta — ma sempre fertile e sollecitante — nel terreno del pensiero giuridico italiano del Novecento, appaiono viepiù ingigantirsi; segno che la riflessione mortatiana, al di là della voce soggettiva dell'Autore, è

---

(1) Nel secondo volume (anno 1973) Mortati pubblicò proprio un acuto saggio sul pensiero schmittiano, le « Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt ».

consegnata oggettivamente a questa nostra storia recente, dove ha saputo incidere in modo duraturo.

A Costantino Mortati vogliamo che sia idealmente dedicato questo volume. Si sappia però fin d'ora che il Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, in unione con alcuni allievi del Maestro, ha già preso l'iniziativa di avviare l'organizzazione di uno o più volumi rivolti a studiare in ogni aspetto la Sua opera, e ha chiamato a collaborarvi i più sensibili giuristi italiani; non solo, ma ristamperà, con una adeguata presentazione e in adeguata veste, due lavori di Mortati oggi difficilmente reperibili e assai significativi nel divenire della scienza italiana di diritto pubblico fra le due guerre, e cioè « L'ordinamento del governo » e « La Costituzione in senso materiale ».

Un'ultima doverosa notazione prima di concludere questa pagina introduttiva. La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, corrispondendo alla lodevole esigenza di coinvolgere rappresentanti delle più diverse aree della cultura giuridica nella vita del Centro di studi e dei 'Quaderni fiorentini', ha deliberato, per il quinquennio 1985-90, la sostituzione nel Consiglio di direzione del Centro e, di conseguenza, nella Redazione dei 'Quaderni' di Luigi Lombardi Vallauri, filosofo del diritto, e di Francesco Romano, civilista, con i colleghi Umberto Allegretti, pubblicista, e Andrea Proto Pisani, processualista. Un augurio vivo e un caldo benvenuto ad Allegretti e Proto Pisani; un ringraziamento sincero a Lombardi Vallauri e a Romano. Essi sono stati presenti nella nostra iniziativa fin dal lontano 1971, fino dalla costituzione — come fatto culturale spontaneo — del primo Gruppo di ricerca per la storia del pensiero giuridico moderno, né ci è mai mancato il loro aiuto, la loro generosa dedizione, la loro affettuosa e solidale amicizia. È giusto che da parte del Redattore e di tutta la Redazione si esprima loro un sentimento di schietta gratitudine nella speranza che, al di là delle circostanze formali, si sentano sempre intimamente partecipi della nostra vita comunitaria.

PAOLO GROSSI



*Modelli e dimensioni*



LUCA MANNORI

## MANZONI E IL FENOMENO RIVOLUZIONARIO

Miti e modelli della storiografia ottocentesca a confronto

*La Révolution française n'a pas  
besoin d'apologies; tout le siècle en  
est rempli.*

EDGAR QUINET

1. Le *Osservazioni comparative* nel giudizio della critica: problemi e prospettive. — 2. Il panorama della storiografia ottocentesca sulla Rivoluzione alla metà del secolo: genesi e consolidamento dell'«*interprétation classique*». — Gli storici della tradizione antirivoluzionaria e la loro recezione da parte di Manzoni. — 4. Manzoni 'racconta' l'estate del 1789: il problema delle 'cause' e la rivoluzione del Terzo stato. — 5. L'insurrezione urbana e la sua dinamica. — 6. Il 14 luglio. — 7. La sollevazione delle campagne e il 4 agosto. — 8. La specificità della Rivoluzione dell' '89 ed il prodursi 'involontario' della rottura. — 9. Il tempo storico della Rivoluzione.

1. Al termine di un anno di celebrazioni manzoniane in cui la critica ha ripercorso in lungo e in largo, per l'ennesima volta, tutti i grandi tracciati dell'opera di Manzoni, la ripresa di un tema così complesso e delicato come quello del suo rapporto con la Rivoluzione francese può sembrare fuori luogo.

Com'è noto, l'essenzialità di questo motivo ai fini di una esatta messa a fuoco globale della personalità manzoniana fu segnalata per la prima volta all'attenzione del grande pubblico una quindicina d'anni fa da Giulio Bollati <sup>(1)</sup>; e quantomeno da

---

(1) Alludiamo alle pagine dedicate da questo autore alla figura di Manzoni nell'ambito di un suo più ampio, e noto saggio di storia culturale (G. BOLLATI, *L'italiano*, in *Storia d'Italia*, a cura di R. ROMANO, C. VIVANTI, vol. I, *I caratteri originali*, Torino, 1972, p. 987 ss.).

allora esso è entrato di pieno diritto in ogni proposta di rilettura complessiva dell'opera di Manzoni (2).

Senonchè la critica prevalente, continuando a sviluppare la sua indagine sul tema esclusivamente secondo il metodo di uno scavo 'interno' al personaggio — cioè sul suo sviluppo intellettuale, sulle sue nevrosi, sulla sua ideologia politica e così via — si è limitata a considerare la Rivoluzione in quanto componente del mondo culturale di Manzoni; valutando di conseguenza tutti i giudizi che egli ebbe a dare su di essa non per ciò che effettivamente esprimono, ma per ricavarne i tratti del mondo interiore del loro autore. Tale indagine totalmente *ex parte subiecti* è in certa misura il naturale prodotto di un approccio critico che trova il suo più autentico motivo d'interesse nel poeta, e non nello storico o nell'ideologo; quest'ultimo serve solo a meglio comprendere il primo, introducendoci in quell'intreccio di problemi e di tensioni spirituali dal quale scocca la scintilla della poesia. Ed in ciò, com'è ovvio, non c'è assolutamente niente di riprovevole, una volta chiarito bene qual è il punto di vista che si adotta — quello del letterato a cui preme ricostruire una poetica, non quello dello storico della cultura, che attraverso l'indagine di un personaggio mira a definire il profilo di un problema intellettuale nella sua dimensione diacronica.

D'altra parte, però, si ha pure la documentabile sensazione che a determinare questo tipo di atteggiamento generalizzato influisca in modo determinante la tralatizia opinione di un Manzoni troppo preoccupato dai problemi assoluti della responsabilità umana e del senso dell'esistenza perchè ogni suo tentativo di comprensione della realtà sociale non finisca per trasformarsi in un giudizio di tipo morale. Su questa linea, in particolare, sembrano collocarsi tutti gli interventi meno antichi aventi ad oggetto il tardo saggio incompiuto «La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana del 1859. Osservazioni compara-

---

(2) Si pensi soprattutto al contributo di S. S. NIGRO, *Alessandro Manzoni*, in *La letteratura italiana, Storia e testi*, vol. VII, t. I, Bari, 1977 (in part. pp. 604 ss.); ma anche a quello di A. ACCAME BOBBIO, *Alessandro Manzoni, segno di contraddizione*, Roma, 1976, (in part. pp. 76-86).

tive » (3), il contributo, cioè, a cui Manzoni ha affidato la sua più ampia ed esplicita critica del fenomeno rivoluzionario.

La struttura di questo lungo scritto senile, a cui Manzoni cominciò a lavorare forse già nei primi anni Sessanta, per non più abbandonarlo fino alla morte (4), è esposta sinteticamente dall'autore in quella « Introduzione » che egli premise al suo saggio su suggerimento di Stefano Stampa, proprio per chiarirne gli intenti ed esplicitarne il significato (5). Si tratta, com'è noto, di

---

(3) Cfr. essenzialmente G. LOMBARDO RADICE, *Uno storico italiano della Rivoluzione francese*, in *Studi storici*, IX (1900), p. 21 ss.; W. BINNI, *Il Manzoni e la Rivoluzione francese*, in *Critici e poeti dal Cinquecento al Novecento*, Firenze, 1951, p. 91 ss.; A. GALLETI, *La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana del 1859. Saggio comparativo di A. Manzoni*, in *Atti del III congresso nazionale di studi manzoniani*, Lecco, 1957; R. NEGRI, *Manzoni e la Rivoluzione*, in *Italianistica*, II (1973), p. 435 ss., poi in *Manzoni diverso*, Milano, 1976, p. 79 ss.; G. TALAMO, *Manzoni, la Rivoluzione francese e il Risorgimento italiano*, in *La cultura*, XII (1974), p. 59 ss. Tra i molti lavori generali sul pensiero storico-politico di Manzoni, si cfr. il più recente: U. DOTI, *La critica storica e morale di Alessandro Manzoni*, in *Giornale storico della letteratura italiana*, CLXII (1985), p. 181 ss.

(4) Per le notizie sulla genesi dell'opera cfr. S. STAMPA, *A. Manzoni, la sua famiglia, i suoi amici*, Milano, 1885-1889, vol. I, p. 440; R. BONGHI, *Proemio alla prima edizione de La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana del 1859. Saggio comparativo*, Milano, 1889; M. BARBI, *Piano per un'edizione nazionale*, in *Annali manzoniani*, I, 1939, pp. 99-106; F. GHISALBERTI, *Prefazione a A. MANZONI, Dell'indipendenza dell'Italia*, Milano, 1947; ed infine la nota critica di quest'ultimo studioso al saggio sulle due rivoluzioni in A. MANZONI, *Tutte le opere*, vol. IV, *Saggi storici e politici*, Milano, 1963, p. 764 ss. I dati finora conosciuti non permettono comunque di stabilire con certezza un'esatta cronologia della redazione (tormentatissima) di questo saggio. Se pare ormai confutata definitivamente la testimonianza di chi ne faceva risalire le origini al decennio '49-'59, non si sa esattamente in quale anno tra quelli immediatamente successivi all'unificazione Manzoni si accinse a scrivere. Un indizio importante è costituito da due richieste di diversi libri attinenti al tema della Rivoluzione risalenti rispettivamente al 1862 e al 1864 (la prima indirizzata alla Biblioteca di Brera, la seconda al bibliotecario di casa Giulini), il che, però, in mezzo al sovrapporsi di molte testimonianze imprecise e contraddittorie, non consente di avanzare alcuna ipotesi più specifica.

(5) È lo stesso Stampa, com'è noto, a fornirci questa notizia (*op. cit.*, p. 440), rivendicando a sé il merito di aver convinto Manzoni a premettere un capitolo introduttivo al suo *work in progress*, onde evitare il rischio che tutto quel dir male della Rivoluzione francese finisse per essere « sfruttato dal partito clericale-gesuitico, per abbattere appunto e rovinare la Rivoluzione italiana: e tu invece di

un confronto tra le due esperienze indicate (che l'autore sussume entrambe sotto la stessa etichetta di 'rivoluzione'), col fine dichiarato di dimostrare la legittimità e la fecondità storica della prima, l'arbitrarietà ed il carattere rovinoso della seconda. Anche se la parte relativa alla 'rivoluzione' italiana non fu mai scritta (la trattazione stessa di quella francese si interrompe alla fine dell'estate dell' '89) il senso dell'opera è rimasto quello annunciato nell'*Introduzione*: uno scritto 'a tesi', una lunga, spietata requisitoria in cui tutto lo sforzo dell'autore si concentra nel rappresentare a colori violenti l'immoralità di quella ribellione contro un monarca giuridicamente legittimo e politicamente riformista come Luigi XVI, e a stigmatizzare con orrore tutta l'infinita serie di violenze gratuite che da quella scelta fondamentale ebbero poi a conseguire.

A questa realtà dalla fosche tinte Manzoni contrappone il responsabile e controllato processo di unificazione italiana, in cui la 'rivoluzione', cioè il sovvertimento di alcuni « governi » (6), fu reso necessario dal fatto che il paese era privo di unità nazionale, e che non esisteva evidentemente altra strada per conseguire concretamente l'indipendenza politica. Dal carattere obbligato della 'rivoluzione' nostrana, Manzoni poteva così trarre il sicuro auspicio che l'Italia si sarebbe trovata a procedere lungo un sentiero di stabilità istituzionale e di tranquillo progresso, a differenza di una Francia che dall' '89 in poi non aveva fatto altro

---

giovarle, le avresti apportato il più gran danno». In un primo momento, Manzoni fu seccato da questa non richiesta intromissione di Stefano, il quale già profetava che il saggio sarebbe fatalmente rimasto incompiuto; poi, però, si convinse della fondatezza del suo suggerimento, e si mise al lavoro per sintetizzare in poche pagine la sua ipotesi di lavoro. Il compito gli si rivelò particolarmente difficile e impegnativo, tanto che di quella introduzione egli ci ha lasciato ben tre distinte stesure (le prime due pubblicate nell'edizione critica dei testi manzoniani curata da Chiari e Ghisalberti, vol. IV di *Tutte le Opere, Saggi storici e politici*, Milano, 1963, pp. 571-598): quella definitiva è la più breve di tutte.

(6) Questo il termine usato da Manzoni per indicare in genere l'oggetto contro cui si rivolge qualsiasi rivoluzione: come ha rilevato Enrico Opocher, l'espressione va letta nel senso di « ordine », o ancora meglio di « ordinamento giuridico » (E. OPOCHER, *Lo « scetticismo giuridico » del Manzoni: note sulla visita di Renzo al dottor Azzecca-garbugli*, in AA.VV., « *Se a minacciare un curato c'è penale* ». *Il diritto ne « I promessi sposi »*, Milano, 1985, p. 64).

che patire una serie interminabile di lacerazioni politiche, attestate dal succedersi frenetico di « dieci costituzioni nello spazio di sessantun anni » (7).

La nota, vecchia critica di Croce alle capacità storiografiche di Manzoni ha trovato nella sorprendente *naïveté* di questo impianto una magnifica conferma della propria tesi generale. Assieme al *thema demonstrandum* proposto nella *Storia della Colonna infame* (la condanna degli untori del '30 da parte del Senato di Milano come crimine cosciente, e non come 'effetto dei tempi' in cui si credeva agli untori e si praticava legalmente la tortura), il saggio sulle due rivoluzioni è la prova evidente di come Manzoni frugasse nella storia non per individuare le sue dinamiche di svolgimento, ma per istituire immaginari processi a carico dei suoi protagonisti, in nome del diritto o di un'astratta morale (8).

Lungo questa prospettiva si è mossa, com'è noto, la maggior parte della critica più antica; la quale, anche quando ha preso decisamente le armi contro Croce, è rimasta in definitiva prigioniera della sua problematica, producendo contributi per lo più viziati da una pregiudiziale partigianeria — si pensi, per tutti, a quello di Crispolti (9) —. Un avallo magari implicito, ma forse

(7) *La Rivoluzione francese del 1789*, in A. MANZONI, *Tutte le opere*, a cura di A. CHIARI, F. GHISALBERTI, vol. IV, cit., p. 310 (tutte le successive citazioni manzoniane devono intendersi riferite a questa edizione critica generale). Le « dieci costituzioni » sono quelle comprese nell'arco temporale che va dal 1791 fino al 1852, come Manzoni precisa in una nota. Si noti come la grande opera di Taine, successiva di pochi anni a queste righe manzoniane, e sulla quale dovremo intrattenerci più oltre, si apra con una identica constatazione, segnata da una medesima *vis polemica* nei confronti del 1789 (H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, t. I, *L'Ancien régime*, Paris, 1882<sup>2</sup> (ma 1<sup>a</sup> ed. 1875), *Préface*, p. III).

(8) B. CROCE, *Il Manzoni storiografo*, in *La critica*, XIV (1916), poi in *Alessandro Manzoni. Saggi e discussioni*, Bari, 1930; le stesse pagine sono in gran parte riprodotte in ID., *Storia della storiografia italiana nel secolo decimonono*, Bari, 1921, vol. I, p. 185 ss. È in quest'ultima opera che Croce colloca appunto Manzoni al primo posto nell'ambito della categoria degli « sviati della scuola cattolico-liberale ».

(9) F. CRISPOLTI, *Il Manzoni storiografo secondo B. Croce*, in *Vita e pensiero*, II (1916), poi in ID., *Indagini sopra Manzoni*, Milano, 1940; le posizioni di Croce, invece, com'è noto, sono state difese a più riprese da F. NICOLINI, *Peste e untori nei Promessi sposi e nella realtà storica*, Bari, 1937, e ID., *La peste del 1692-32*, in *Storia di Milano*, vol. X, Milano, 1957, p. 499 ss. Tra i molti tentativi di

proprio per questo ancor più significativo alla tesi crociana è venuto anche da tutti i numerosi studi che hanno affrontato gli scritti storiografici di Manzoni cercando di estrarne contenuti religiosi <sup>(10)</sup>, morali <sup>(11)</sup>, giuridici <sup>(12)</sup>, per fissare su di essi la loro attenzione; ovvero, accantonando già in partenza la specifica figura dello storico.

Gli studiosi degli ultimi decenni hanno adottato invece un tipo di approccio più smalzato e certamente più solido. Essi sono partiti, cioè, dalla considerazione evidente che « la ragione per cui Manzoni è Manzoni ... è nella riuscita di una carriera di grande scrittore, piuttosto che di storiografo e di moralista, che anche quando è tale non fa un mestiere diverso da quello iscritto all'anagrafe, ma, dilatando il concetto di letteratura, si qualifica ancora come ' persona di Lettere ' » <sup>(13)</sup>. Da ciò, essi hanno ricavato che l'unica prospettiva inequivoca per comprendere la « storiografia » manzoniana è in realtà quella del giudizio estetico, la stessa correntemente applicata all'analisi di tutta quanta la sua produzione di genere nominalmente diverso <sup>(14)</sup>. L'approdo alla

---

rivalutazione della storiografia manzoniana contro la stroncatura di Croce (anche se tutti più equilibrati e prudenti di quello di Crispolti) vale la pena di ricordare, a titolo esemplificativo, D. BULFERETTI, *Alessandro Manzoni. Storia e filosofia, con saggi d'opere inedite*, Torino, 1927; C. DE LOLLIS, *Alessandro Manzoni e gli storici liberali della Restaurazione*, Bari, 1926; M. SANSONE, *Saggio sulla storiografia manzoniana*, Napoli, 1938.

<sup>(10)</sup> Così soprattutto G. SALVADORI, *Libertà e servitù nel pensiero giansenistico e in Alessandro Manzoni*, Brescia, 1942, nonché M. PUPPO, *Le due redazioni della ' Storia della colonna infame '*, in *Poetica e cultura del Romanticismo*, Roma, 1962.

<sup>(11)</sup> Da ultimo in questo senso DOTTI, *La critica storica e morale di Alessandro Manzoni*, cit.

<sup>(12)</sup> A. VISCONTI, *Il pensiero storico-giuridico di Alessandro Manzoni. Studio di storiografia giuridica del secolo XIX*, in *Archivio storico lombardo*, XLVI (1919), p. 382 ss.

<sup>(13)</sup> A. R. PUPINO, « *Il vero solo è bello* ». *Manzoni tra Retorica e Logica*, Bologna, 1982, p. 35.

<sup>(14)</sup> Questo particolare registro è stato applicato soprattutto alla *Storia della colonna infame*: si vedano, tra gli altri, oltre al già citato libro di Pupino, G. VIGORELLI, *Introduzione a A. MANZONI, Storia della Colonna Infame*, Milano, 1942 (poi in ID., *Manzoni, il silenzio e l'amore*, Roma, 1954); L. CARETTI, *Introduzione a A. MANZONI, Storia della Colonna Infame*, Milano, 1973 (poi in ID., *Antichi e*

storiografia ' pura ', infatti, non costituisce altro per Manzoni che la fase conclusiva della sua poetica, inaugurata ufficialmente nel 1845 col discorso *Del romanzo storico*; Manzoni scrive di storia perchè questo è divenuto per lui — una volta denunciati gli equivoci del romanzo storico — l'unico modo per continuare a far poesia, pur negando vigorosamente, nel frattempo, che qui di poesia ancora si tratti.

Conformemente a questa impostazione — che del resto può vantare radici abbastanza profonde nella nostra tradizione critica — si sono applicate alla *Storia della colonna infame* ed al « saggio comparativo » tecniche di lettura sostanzialmente affini a quelle sperimentate per il romanzo, che valorizzano i profili estetico-narrativi dell'opera (o tutt'al più quelli ideologici e morali), lasciando pressochè nell'ombra i problemi relativi alla tecnica storiografica impiegata ed al giudizio storico sul fatto rappresentato. E ciò proprio a partire dallo stesso ' genere ' al quale questi contributi risultano ascrivibili, che è stato di recente indicato, con fortunata espressione, come « racconto storico-saggistico », a denotare la loro natura di segmenti di storia narrativa strettamente complementari rispetto al tessuto del romanzo <sup>(15)</sup>.

In ultima analisi, quindi, pare difficile non ammettere che la critica di Croce ai contenuti storiografici dell'opera di Manzoni ha fatto veramente breccia nella nostra cultura. Aiutata dall'estrema specializzazione del lavoro accademico e dallo stesso naturale affinarsi degli strumenti critici, essa ha finito per imporsi, piaccia o non piaccia, con un'autorevolezza assoluta.

Alcuni storici del secolo scorso sono ancor oggi letti con interesse e profitto per le feconde prospettive che hanno aperto; tutti i più significativi, comunque, si sono visti riconoscere un certo ruolo nella storia della scienza per il loro contributo di contenuti o di metodo ai progressi della disciplina. Al contrario, è un fatto che oggi nessuno sembra disposto a prendere Manzoni realmente sul serio come storico — tanto che dei suoi contributi

---

moderni. *Studi di letteratura italiana*, Torino, 1976); G. TELLINI, *Manzoni, la storia e il romanzo*, Roma, 1979.

<sup>(15)</sup> Così NIGRO, *Alessandro Manzoni*, cit., p. 614.

storiografici si sono occupati quasi esclusivamente i ' manzoniani ', cioè i critici letterari di professione <sup>(16)</sup>.

Di ciò — si può replicare — non v'è niente di cui dolersi, una volta acclarato appunto che l'inquadramento di tipo estetico è l'unico veramente appagante. Ammessa e non concessa tale proposizione, resta il fatto che l'attenzione dei critici recenti si è concentrata essenzialmente sulla *Storia della colonna infame* — certo il più ' narrativo ' tra tutti i contributi nominalmente storiografici di Manzoni —, senza soffermarsi gran chè nè sul *Discorso sopra alcuni punti della storia longobardica* (che del resto aveva costituito, in passato, l'asse portante di alcuni celebri studi sulla storiografia manzoniana) <sup>(17)</sup>, nè soprattutto sulla *Rivoluzione del 1789* (opera che invece è stata quasi completamente ignorata dalla critica). Certo: da un approccio squisitamente letterario con quest'ultima opera, che ne valorizzi gli elementi di continuità rispetto al romanzo, si possono ricavare significativi spunti critici; essa costituisce soprattutto il luogo in cui viene resa esplicita fino all'estremo quella sorta di angoscia nevrotica nei confronti dei comportamenti di massa e quella spietata critica ai contenuti della coscienza collettiva che fa da sfondo ai *Promessi sposi*, e che riassume in sè un giudizio profondamente pessimistico sulla capacità di autoconduzione dell'uomo. E può darsi che questo resti, in effetti, l'aspetto più importante dello scritto che stiamo esaminando. È indubbio, infatti, che ogni qual volta un certo segmento di passato si propone all'attenzione di Manzoni egli non si limita mai ad apprezzarlo nella sua concretezza e puntualità, assumendolo come fine autosufficiente di uno sforzo di comprensione, ma tende subito a leggerlo in controluce come una parabola carica di significati universali: ed il saggio sulle due rivoluzioni, con la sua impalcatura così esplicitamente

---

<sup>(16)</sup> Tra le poche eccezioni si ricordi il risalto (obbiettivamente eccessivo) che Manzoni viene ad occupare nella sintesi sulla storiografia ottocentesca redatta a suo tempo da Antonio Ferrabino (A. FERRABINO, *La storiografia*, già in *L'Europa del secolo XIX*, a cura di D. DONATI, F. CARLI, vol. III, Padova, 1932, e ora in Id., *Scritti di filosofia della storia*, Bologna, 1962, p. 133 ss.), nonchè la relazione di A. SARTTA, *Manzoni e la storiografia europea*, in *Atti del convegno di studi manzoniani dell'Accademia dei Lincei*, Roma, 1974, p. 133 ss.

<sup>(17)</sup> Soprattutto pensiamo a quello già citato di De Lollis.

moralistica, costituisce un esempio classico di questa utilizzazione della storia in funzione didascalica.

Certo è, però, che all'interno di questa prospettiva di lettura, una volta definita la 'massima' che Manzoni si propone di argomentare — sia essa l'illegittimità di ogni rivoluzione condotta per un fine diverso dal conseguimento dell'indipendenza nazionale, ovvero l'inescusabilità del comportamento di quei giudici che mimetizzano le loro responsabilità morali dietro ai pregiudizi comuni di un'epoca — non resta più gran che da scoprire. L'interesse di ogni ricerca ulteriore è interamente assorbito dai motivi che hanno indotto Manzoni a scegliere quella tesi, e dai significati che essa assume nel suo mondo interiore; ma tutta l'argomentazione a sostegno, che costituisce il corpo del saggio, si rivela come un'impalcatura retorica più o meno brillante, comunque priva di qualsiasi valore autonomo. Celebrato o criticato l'assunto del moralista, il 'racconto' che gli sta dietro perde interesse nei suoi contenuti, e si offre tutt'al più come una grande esercitazione di stile, da godere e studiare come tale.

In questo senso sembrano in effetti concludere i curatori di una ripubblicazione del saggio sulla Rivoluzione uscita in occasione del centenario <sup>(18)</sup>. Mettersi ad analizzare nel merito la difesa a tutti i costi della politica 'liberale' di Luigi XVI, o la condanna moraleggiante della borghesia rivoluzionaria, che costituiscono i due grandi motivi centrali di questa trattazione, sarebbe imbarazzante ed ingeneroso verso l'autore stesso, tanto è evidente il carattere strumentale e forzato del profilo storico che se ne ricava. Molto meglio accettare subito la natura dichiaratamente ideologica del saggio, e godersi « lo spettacolo dell'impresa », leggendo questa rievocazione in chiave « diseroica » della grande Rivoluzione come un pezzo di maestria compositiva, come un ammirevole saggio di retorica offerto al palato del vero intenditore <sup>(19)</sup>.

D'altra parte, svuotato il 'racconto' di ogni interesse sostanziale, l'attenzione dei critici ha finito per concentrarsi, molto più

---

<sup>(18)</sup> A. MANZONI, *La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana del 1859*, a cura di F. SANGUINETI, con presentazione di A. GIULIANI, Genova, 1985.

<sup>(19)</sup> Così Giuliani, nella *Presentazione* all'ed. cit.

che sui significati estetici del saggio — obbiettivamente meno interessanti che quelli della *Colonna* —, sulle motivazioni politiche dell'operazione, che sono state facilmente individuate: Manzoni è un perfetto teorico di quella rivoluzione *à l'italienne* che la classe liberal-borghese nostrana è riuscita a portare a termine cambiando tutto senza cambiare niente, in una stretta continuità di strutture sociali, di gruppi di potere, di pratiche di governo rispetto ai regimi previgenti al 1860 <sup>(20)</sup>. Il saggio, presentato così alla stregua di un *pamphlet* politico-patriottico, si qualifica come un tributo che il grande scrittore nazionale si sente in dovere di pagare alla appena conclusa lotta indipendentistica, parallelamente all'impegno che viene frattanto approfondendo, proprio in quegli anni, sul fronte così delicato dell'unificazione linguistica. Straziato dal brigantaggio, ancora insicuro del proprio riconoscimento internazionale, impegnato in uno sforzo colossale di unificazione amministrativa giuridica e culturale, il nuovo Stato si trova in questi anni Sessanta alla disperata ricerca di una più ampia legittimazione. Quale miglior contributo, allora, che dimostrare l'obbiettiva superiorità della sua freschissima esperienza storica rispetto a quella del tradizionale paese-guida dello sviluppo democratico europeo, i cui esponenti tanto spesso, nel corso dell'Ottocento, hanno guardato con malcelata degnazione alle improbabili speranze dei patrioti italiani <sup>(21)</sup>?

Più ancora: Manzoni si rende conto che è tempo ormai di liquidare un concetto — quello di 'rivoluzione' — divenuto ora non solo inutile, ma anche pericoloso per la classe dirigente ita-

<sup>(20)</sup> Così Sanguineti, nella sua *Introduzione* alla medesima ed.

<sup>(21)</sup> Com'è noto, Manzoni esternò a più riprese la sua insofferenza per gli atteggiamenti di scetticismo e di sufficienza ostentati dai liberali francesi nei confronti della nostra lotta risorgimentale: ed in particolare, una prima volta con la lettera a Lamartine del 6 aprile 1848, una seconda con l'articolo pubblicato su *La Lombardia* il 4 febbraio 1861, in occasione dei giudizi espressi da Guizot sul carattere utopistico e superficiale delle speranze indipendentistiche italiane, e una terza infine nel '72, con una lettera destinata al *Corriere di Milano*, poi non pubblicata, in cui polemizza con alcune, vecchie affermazioni sprezzanti di Thiers all'indirizzo dei patrioti italiani, riprendendo argomenti caratteristici delle *Osservazioni comparative*. Per una sintesi complessiva sulle opinioni politiche di Manzoni cfr. ancora la già citata *Prefazione* di GHISALBERTI a *Dell'indipendenza dell'Italia*, p. XXXIII ss.

liana, una volta che il suo progetto egemonico di unificazione nazionale si è realizzato. Acclarato che qualsiasi futura ed eventuale 'rivoluzione' non potrà che essere diretta contro il gruppo al potere in cui egli si identifica (in un'Italia liberale pullulante di democratici delusi, piena di grandi masse rurali in fermento e già vagamente prèsa della futura minaccia socialista), Manzoni ne conclude che è bene sbarazzarsi del tutto di una nozione utile fino a qualche anno prima, nel vivo della lotta risorgimentale, ma divenuta ora ingombrante ed infida.

Da un lato, dunque, si tratta di erigere in mito negativo il paradigma classico di tutte le rivoluzioni europee, costituito dell'esperienza francese di fine Settecento; dall'altro, di ammettere che l'unica rivoluzione legittima è quella condotta per l'indipendenza nazionale — coll'effetto di riconoscere che l'Italia ha già portato a termine una sua 'rivoluzione' proprio di questo tipo, e che dunque ogni altra e successiva non potrà che appartenere al deprecato genere delle rivoluzioni 'gratuite'.

Mentre dunque il nostro Paese si viene affrancando dall'egemonia culturale della Francia, e scopre con entusiasmo le proprie affinità rispetto all'esperienza tedesca, il saggio rappresenta fin troppo chiaramente una anticipazione del rigido conservatorismo che caratterizzerà l'Italia liberale degli anni seguenti. Non a caso il lungo frammento, lasciato incompiuto da Manzoni e rimasto nel cassetto per molti anni, sarà pubblicato per la prima volta, con dichiarati intenti polemici, proprio nel 1889, mentre la Francia della III Repubblica sta celebrando in pompa magna l'anniversario della 'sua' Rivoluzione, e da noi, viceversa, ci si prepara a vivere uno dei decenni di più dura reazione della storia postunitaria. Nè si può considerare casuale il fatto che a promuoverne la pubblicazione sia stato un personaggio come Ruggero Bonghi, già amico di Manzoni nell'ultima fase della sua vita, ma soprattutto, ora, grande vessillifero della crociata autoritaria di fine secolo contro quel governo parlamentare che nella Rivoluzione dell' '89 riconosceva il proprio *incipit* <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Nell' '89 Bonghi si era già da tempo segnalato all'attenzione dell'opinione pubblica come uno dei più assidui e severi critici della crisi delle istituzioni parlamentari italiane (cfr. F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato*).

Manzoni, dunque, letto in questa prospettiva (di cui proprio Bonghi, in definitiva, resta l'interprete più lucido nel suo *Proemio* alla prima edizione dell'opera), veste i panni di un teorico postumo della 'rivoluzione passiva' nostrana, rispettabile e soddisfatto, anche se, certo, implicitamente assai inquieto per le sorti future della vita politica italiana. Presentazione in cui l'antico tema gramsciano del conservatorismo di Manzoni risulta perfettamente complementare rispetto alla tesi di 'Manzoni-storicosviato' proposta da Croce, nel negare ogni interesse ai contenuti storici destinati a sostenere fittiziamente la trama del discorso ideologico. La prova migliore, del resto, del carattere puramente retorico del saggio è che Manzoni stesso se ne stancò, lasciando in tronco il lungo svolgimento della sua tesi a conforto, già tutta prevista e scontata fin dalle prime parole. E come prova ulteriore si può citare anche il tono dichiaratamente oratorio del frammento « Dell'indipendenza dell'Italia », lo scritto d'occasione che Manzoni redasse verso il 1872 <sup>(23)</sup>, in cui si rievocano con voce commossa — venuta meno la finzione scientifico-erudita del saggio — le principali tappe di quella rivoluzione italiana che avrebbe dovuto costituire il secondo termine dell'impossibile comparazione progettata tanti anni prima <sup>(24)</sup>. In fondo — potrebbe sostenere

---

*Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, p. 72 ss.). Dell'opera di Manzoni, Bonghi coglie soprattutto la rivalutazione del ruolo della monarchia, ingiustamente ridotta dall'invasione delle assemblee rappresentative ad una funzione puramente notarile; mentre sul piano del giudizio storiografico egli si dichiara perfettamente concorde con l'Autore del saggio, a cui forse si ispirerà scrivendo la sua *Storia dell'Europa durante la Rivoluzione francese. Lezioni dette nell'Università di Roma l'anno 1888-89*, di cui comparvero solo i primi due volumi nel 1890-94, comprensivi delle vicende politiche fino all'ottobre dell' '89.

<sup>(23)</sup> L'occasione, com'è noto, fu rappresentata dalla richiesta da parte del Comune di Torino di un suo autografo da inserire in una raccolta di firme degli italiani celebri: Manzoni ne approfittò per assolvere a quel tributo che la troppo laboriosa stesura del saggio comparativo non gli aveva ancora permesso di pagare alla causa nazionale.

<sup>(24)</sup> In queste poche pagine — una quarantina circa — Manzoni rinuncia completamente ad un'esposizione di tipo storico, risolvendo il discorso narrativo in esplicita apologia patriottica — tanto che per evitare l'agiografia, elimina dal testo i nomi propri dei protagonisti, riferendosi sempre ad essi tramite circonlocuzioni —. Se ne ricava il profilo di un profondo estimatore della politica ca-

il solito critico filo-gramsciano o filo-crociano — si tratta di pagine assai più sincere ed autentiche di quelle faziose e cerebrali, che l'autore si è costretto a scrivere nel saggio, imbastendo un vero processo postumo alla Rivoluzione francese per far meglio risaltare i meriti dell'esperienza politica risorgimentale.

Ora, senza voler revocare in dubbio il fondamentale carattere moralistico e/o libellistico degli interessi manzoniani per la storia della Rivoluzione, si vorrebbe qui cercare di leggere il suo contributo in materia per la nuda e semplice ricostruzione dei fatti che esso propone, accantonando il problema dei fini ulteriori a cui essa è funzionale.

La liceità di questa operazione può esser contestata fin troppo agevolmente. È evidente — notava Croce — che Manzoni non è per nulla interessato a comprendere « la storia della Rivoluzione nel suo nesso e significato », ma solo a dimostrare che ' la ribellione non paga ', finchè almeno, trasformandosi in una lotta per l'indipendenza nazionale, non diventa qualcosa di intrinsecamente diverso. Tutto il suo saggio — è facile aggiungere — non è altro che lo svolgimento, in forma storico-narrativa, delle tesi di Gioberti e di Rosmini sulla natura e sui limiti del preteso ' diritto di resistenza ' (25); le quali a loro volta non fanno che riproporre, rinfrescandole con un vago gergo kantiano, tradizionali posizioni della cultura cattolica, conosciute benissimo da Manzoni, — da

---

vouriana, intimamente insofferente di ogni tipo di spontaneismo rivoluzionario, polemicissimo nei confronti dei mazziniani e convinto antifederalista.

(25) A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1844-45, vol. II, p. 522 ss.; V. GIOBERTI, *Del primato morale e civile degli italiani*, a cura di U. REDANÒ, in *Opere edite ed inedite*, vol. I, Milano, 1938, p. 733 ss. Manzoni, in particolare, sembra aver mutuato da quest'ultimo autore la sua distinzione tra due tipi di rivoluzione: le uniche veramente legittime sarebbero quelle che — con le parole stesse di Gioberti — « mutano lo stato senza violare essenzialmente la sovranità » (« occorrono quando il potere sovrano è diviso, e una parte di esso, assalita ingiustamente dall'altra, insorge contro di lui per diritto di propria difesa »: oscuro giro di frase che in sostanza sta a dire non essere « applicabili » queste rivoluzioni legittime « agli stati dove tutta la sovranità è riunita »); « le seconde sono illegittime, spiantando, per quanto sta in loro, il giure supremo dalle radici, e aprendo l'adito all'anarchia, ch'è il sommo di tutti i mali » (il paradigma di questa seconda tipologia è appunto costituito dalla Rivoluzione dell' '89).

San Tommaso fino a Bossuet <sup>(26)</sup> —. Da ultimo — possono obiettare critici più recenti — per accedere ad un approccio del genere occorrerebbe prima aver dimostrato che il saggio sia veramente rubricabile come un contributo a carattere 'storiografico', e non in realtà una «narrazione referenziale fittiva», in cui il «vero» è solo la porta d'accesso al «bello».

Tutto vero. O meglio: tutto vero finchè si continua a fare di Manzoni l'alfa e l'omega di ogni indagine attorno alla sua opera.

In realtà, basta allargare appena l'orizzonte critico per accorgersi come queste obiezioni finiscano per sollevare un groviglio di questioni così sottili da bloccare sul nascere qualsiasi ricerca su qualunque altro contributo storiografico del secolo scorso avente ad oggetto la Rivoluzione francese.

Ricordiamo, prima di tutto, che Manzoni ha scelto di scrivere sulla Rivoluzione un «componimento storico» e non un'orazione o un *pamphlet* commemorativo come quello dedicato, nel '72, alla nostra vicenda risorgimentale. È indubbio che egli, soggettivamente, riconoscesse alla propria opera una piena dignità storiografica, come ci comprova anche il fatto che nell'ultima vecchiaia, avendo forse rinunciato al progetto originario della «comparazione», abbia mutato il titolo primitivo del suo saggio in quello più semplice de «La Rivoluzione francese del 1789 - Gli Stati Generali della Francia», che annuncia una trattazione secondo gli stilemi classici della storiografia narrativa <sup>(27)</sup>. Se il saggio

---

<sup>(26)</sup> Il rinvio a S. Tommaso (IIa IIae, Q. XLII) è di Manzoni stesso (cfr. la prima *Introduzione alle Osservazioni comparative*, in *Opere*, vol. IV, cit. p. 60r n.), il quale sembra portare a coincidenza (se non proprio esplicitamente per lo meno di fatto) l'ipotesi della *seditione* legittima *contra tyrannum* con la sola 'rivoluzione' per l'indipendenza nazionale. A spingerlo verso questa soluzione rigorosa possono aver influito le sue letture di Bossuet, il quale tratta del diritto di resistenza negli *Avertissements sur les lettres du Ministre Jurieu* (Paris, 1689-1692), in part. *Avertissement V, Le fondement des Empires renversé par ce Ministre*, chap. XXXIII, in cui si controbatte Grozio, concludendo che il suddito in ogni caso «n'a droit de défense contre la puissance legitime, et que poser un autre principe, c'est, avec M. Jurieu, ebranler le fondement de l'Etat et se declarer ennemi de la tranquillité publique», scatenando un *bellum generale* che richiama da vicino lo stato di natura hobbesiano.

<sup>(27)</sup> Cfr. la nota critica di Ghisalberti alle *Osservazioni comparative*, ed. cit., p. 765.

fosse stato pubblicato, insomma, Manzoni avrebbe chiesto di esser letto come un 'vero' storico.

Questo ci consente di affrontare subito l'ultima delle tre obiezioni su riferite. Sotto il profilo formale non esiste, a nostro avviso, differenza alcuna tra la 'storia' di Manzoni e le infinite 'storie' della Rivoluzione di cui trabocca il secolo XIX. Il modulo del 'racconto' adottato da Manzoni è quello stesso utilizzato dalla stragrande maggioranza degli storici coevi del medesimo tema, con le stesse scansioni canoniche, gli stessi contenuti topici, lo stesso tentativo di coinvolgere emotivamente il lettore. Si può rilevare certo che sul piano strutturale lo statuto di questo 'genere' storiografico, caratteristico della cultura ottocentesca, non si differenzia in nulla da quello della *fiction* o dell'«invenzione» che dir si voglia, trovando il suo modello nell'antico archetipo del racconto epico; chi vuole, può rammaricarsi che Manzoni, assieme a tanti suoi contemporanei, non abbia prediletto una storia critica à la *Tocqueville*, invece di seguire l'esempio di Thiers; ma di sicuro non potrà considerarlo una mosca bianca nel panorama culturale dell'Ottocento. Padronissimo di negare al suo contributo la qualifica di «storiografico», per classarlo invece tra i «racconti storico-saggistici», per coerenza egli dovrebbe definire allo stesso modo il novanta per cento della produzione ottocentesca avente ad oggetto la Rivoluzione francese; nè comunque, al di là delle etichette, potrà impedire di instaurare un naturale accostamento tra Manzoni e la grande famiglia dei suoi 'collegli' storiografi<sup>(28)</sup>. Che nel modulo del 'racconto storico', poi, Manzoni trovasse l'unico tipo di manifestazione artistica concettualmente valida per lui, questo è un dato relativamente irrilevante nel presente contesto; è comunque sicuro che la ricerca di una soddisfazione di carattere estetico costituisce una componente non secondaria di gran parte della storiografia *événementielle* dell'Ottocento, di cui il *récit* è una caratteristica tipica.

---

(28) Del resto, il maggior teorico di un modello narrativo di storiografia fu lo storico professionale Augustin Thierry, amico di Manzoni e sicuramente annoverato da questi tra i suoi modelli di riferimento (PUPINO, «*Il vero solo è bello*», cit., pp. 79-80).

Più serio, invece, l'altro problema, quello dei contenuti sostanziali dell'opera. È verissimo che, come nella *Colonna infame*, l'interesse di Manzoni non si esaurisce nell'espone la vicenda storica, ma utilizza quest'ultima come strumento per ricavare una massima di ragion pratica da proporre alla coscienza degli uomini di tutti i tempi. Il vero oggetto del discorso non è la Rivoluzione francese, e probabilmente nemmeno quella italiana (la quale ha offerto a Manzoni solo il pretesto per affrontare finalmente un tema 'covato' da lunghissimo tempo <sup>(29)</sup>, e di cui tutto il romanzo è allusivamente già gravido) <sup>(30)</sup>; ciò che interessa davvero all'autore è in ultima analisi il conflitto tra Bene e Male, che nella storia della Rivoluzione trova un palcoscenico privilegiato su cui replicare il proprio dramma.

Ma questo basta ad escludere ogni interesse per la ricostruzione dei fatti che Manzoni pure ci propone? Sembra proprio di no, giacchè talvolta è appunto la particolare posizione assunta dall'autore nei confronti della storia a potenziarne gli strumenti di indagine critica rispetto alla generalità dei suoi contemporanei. Già nella *Storia della Colonna infame*, infatti, proprio la particolare attenzione al problema della responsabilità umana piuttosto che a quello istituzionale aveva consentito a Manzoni di storicizzare completamente il tema della tortura, aprendo la strada ad una comprensione integrale della realtà sociale e giuridica <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Ce lo ricorda, per tutti, il saggio di NEGRI, *Manzoni e la Rivoluzione*, cit., che non solo ci riporta alle interminabili discussioni giovanili dello scrittore con Cuoco e Lomonaco sui temi politici loro cari, nonchè ai suoi contatti con gli scampati del Terrore durante il primo soggiorno parigino, ma ci rammenta anche — attraverso una peraltro nota testimonianza di Bonghi — come Manzoni parlasse molto spesso della storia della Rivoluzione, rivelando una familiarità sorprendente nel rievocare i suoi personaggi e le sue situazioni fin nei più piccoli particolari.

<sup>(30)</sup> Il riferimento alla Rivoluzione diviene quasi esplicito nel capitolo XII, dedicato ai tumulti di S. Martino; si veda anche la lunga nota al cap. II del *Discorso sopra alcuni punti della storia longobardica in Italia*, in cui viene prefigurato il tema della Rivoluzione come processo *ad infinitum*, destinato a costituire il *leit motiv* del saggio (in *Saggi storici e politici*, p. 34).

<sup>(31)</sup> Egli riesce, in particolare, ad inquadrare in una prospettiva storicamente impeccabile tutta la criminalistica del diritto comune, contro cui si era rivolta violentissima la critica illuministica (e nella specie quella di Gabriele Verri),

Qualcosa del genere accade anche nelle *Osservazioni comparative*. La grande forza di Manzoni, qui, sta nel fatto che, a differenza di ciò che ritiene un po' tutto il pensiero storicista a lui coevo, egli è profondamente convinto — da buon agostiniano, come meglio vedremo nell'ultimo paragrafo del presente studio — che la storia non sia specificamente orientata in alcuna direzione, o per lo meno che tale direzione non sia individuabile attraverso strumenti di tipo razionale. Rifiutandosi così di ricordare il piano dei fatti con quello dei valori secondo la diffusa, tranquillizzante formula del 'progresso storico', Manzoni si pone di fronte alla Rivoluzione con un atteggiamento dichiaratamente eretico. Per la *vulgata* del pensiero liberale, il 'significato' di ciascun fatto storico è determinato dalla sua capacità di far muovere *avanti* la storia, di sviluppare, cioè, le sue potenzialità immanenti e quindi — necessariamente — di realizzare una maggiore razionalità negli assetti sociali: il giudizio sulla Rivoluzione, che per definizione ha costituito un momento di transizione accelerata tra vecchio e nuovo, è già scontato in partenza: il 'racconto' dello storico non porterà ad alcuna scoperta decisiva, ma solo ad apprezzare meglio il valore dell'evento. È il contesto stesso in cui la Rivoluzione si colloca a stabilirne una volta per tutte il significato, che risulta, per presunzione assoluta, sempre di segno positivo <sup>(32)</sup>. Questo tipo di inquadramento, che ancor oggi

---

dimostrando appunto che la minuta contabilità dei tormenti formalizzata da questi scrittori non ha mai costituito una manifestazione di sadismo o di barbarie, ma viceversa è stata precisamente diretta all'obbiettivo opposto, quello cioè di limitare l'arbitrio degli inquisitori introducendo una pur approssimativa certezza del diritto nell'uso di questo terribile mezzo di prova (conclusioni confermate dalla più ampia e completa ricerca storico-giuridica sull'istituto della tortura di cui oggi disponiamo: P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1953-54, vol. I, p. 159 ss.).

<sup>(32)</sup> I limiti di questa impostazione, straordinariamente longeva dietro al pur rapido avvicinarsi dei diversi 'credi' storiografici, sono stati denunciati negli ultimi anni soprattutto dagli interventi polemici di François Furet (raccolti in *Penser la Révolution française*, Paris, 1978, poi anche in traduzione italiana sotto il titolo *Critica della Rivoluzione francese*, Bari, 1980). Pur senza nascondersi i limiti indubbi di certe posizioni assunte da questo Autore (si cfr. la critica di L. GUERCI, *Furet e la Rivoluzione francese*, in *Studi storici*, XXI (1980), p. 227 ss.) pare difficile negare al suo contributo il merito di aver condotto il lungo dibattito sulla Rivoluzione, apertosi con la metà degli anni Cinquanta, ad

condiziona in modo decisivo il nostro approccio all'evento rivoluzionario, è completamente assente in Manzoni — come del resto anche in altri storici o polemisti reazionari riscoperti proprio per questo con un certo interesse nel corso degli ultimi decenni <sup>(33)</sup> —. Il moralista rivela sul suo immediato rovescio uno storico che si china sui giorni della Rivoluzione per trarre da essi un modello ricostruttivo nuovo, diverso da quello obbligatamente ottimistico che l'Europa liberale riconosce come l'unico possibile, e che è ancora condiviso sostanzialmente da gran parte della cultura a noi contemporanea.

Si deve anzi ammettere che questo tentativo, più o meno arrischiato, di restituire un certo credito a Manzoni come storico della Rivoluzione, è motivato dall'ombra di un sospetto; che cioè molti critici antichi e moderni abbiano trattato con tanta sufficienza il saggio sull' '89 non solo e non tanto perchè evidentemente poco 'scientifico', ma perchè in esso si delinea un'immagine della Rivoluzione totalmente divergente rispetto ai profili accreditati dalla storiografia e dalla cultura 'ufficiale'. La ricostruzione manzoniana, beninteso, resta quella che è nella quasi esplicita ammissione dell'autore — una lettura tendenziale dei fatti, com'è per forza quella che nasce col fine specifico ed unico di dimostrare una tesi ideologica dichiarata già dapprima. Si vuol solo insinuare il dubbio che parecchi lettori si siano fatti scudo di quella evidente faziosità per dichiarare *a priori* che la Rivoluzione è stata da Manzoni « fraintesa clamorosamente » <sup>(34)</sup>, eludendo così il confronto con lui.

---

una svolta decisiva e feconda, spostando la discussione dal piano dei contenuti della ricostruzione storiografica a quello dei modelli ideologici fondamentali a cui essa obbedisce. Tale prospettiva sembra particolarmente stimolante per reimpostare un esame della storiografia sulla Rivoluzione; ed in questo senso, appunto, nelle pagine che seguono saranno utilizzati spesso schemi e formule desunti dal discorso furetiano.

<sup>(33)</sup> Oltre all'opera fondamentale di J. GODECHOT, *La contre-révolution, doctrine et action*, Paris, 1961, che ci ha offerto una ricognizione completa sulle origini delle dottrine reazionarie, meritano di esser ricordati almeno gli studi più noti sull'affascinante personalità di Mallet-Du-Pan (N. MATTEUCCI, *Jacques Mallet-Du-Pan*, Napoli, 1957) e su quella di Burke (F. P. CANAVAN, *The political reason of Edmund Burke*, Durham, 1960).

<sup>(34)</sup> Così ancora SANGUINETI, *Introduzione*, cit., p. 14.

In altre parole, cioè, la critica radicale con cui Manzoni ha colpito la Rivoluzione potrebbe aver condotto la critica ad una troppo disinvolta svalutazione del suo pensiero in materia, sotto la pressione di una cultura europea sorprendentemente compatta, da un secolo all'altro, nell'identificare l' '89 con l'origine stessa dell'era contemporanea.

Negando Manzoni, di contro a questa consolidata opinione, che la Rivoluzione abbia costituito un momento centrale ed essenziale dello sviluppo storico — chè in effetti proprio questa è la sua posizione, come subito vedremo — egli è implicitamente accusato di negare una verità autoevidente, perdendo subito la credibilità dello storico. L'unico problema che resta è quello di stabilire il complesso di motivi che l'hanno indotto a compiere una scelta tanto contraria alla comune ragionevolezza: e qui appunto qualcuno indica la sua involuzione intellettuale e spirituale nel corso degli anni Sessanta <sup>(35)</sup>, altri le sue nevrosi <sup>(36)</sup>, altri ancora la sua fede di vecchio agostiniano impenitente e radicale, che fin all'ultimo insiste nella sua nobile, ma in fondo patetica rivolta contro la storia <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Così, tra gli altri, A. L. DE CASTRIS, *Alessandro Manzoni tra ideologia e storicismo*, Bari, 1962, che considera l'approdo legalistico del saggio come un compenso fallace rispetto ad una fede nella poesia e nel Vangelo che si va ormai esaurendo.

<sup>(36)</sup> Per tutti, NIGRO, *Alessandro Manzoni*, cit., il quale vede soprattutto nelle *Osservazioni* « la nudità del borghese fobicamente avverso alla folla » (p. 619).

<sup>(37)</sup> DOTI, *La critica storica e morale*, cit., p. 224. La posizione di quest'ultimo Autore è implicitamente paradigmatica di tutto un modo corrente di porsi di fronte alla Rivoluzione; egli mostra di apprezzare al massimo grado quella caustica ironia che Manzoni correntemente rivolge, nel suo romanzo, contro le istituzioni, i comportamenti e le mentalità del XVII secolo; ma accusa poi quello stesso tipo di approccio critico di rivelare « tutta la sua inconsistenza » non appena viene applicato — nelle *Osservazioni* — a quel « rivolgimento storico che preparato proprio dalla diffusione dei lumi, cambiò il volto dell'Europa ed abbattè il vecchio regime contestato dallo stesso Manzoni » (*ibidem*). La Rivoluzione francese, quindi, non si tocca (essa è per definizione superiore a qualsiasi critica, in quanto ha cancellato dal mondo tutte le storture che erano esistite fino ad allora); mentre l'opera dello storiografo non viene giudicata per i suoi contenuti di metodo o per la sua inventività, ma semplicemente per la sua conformità o meno rispetto ad una tassonomia storica assoluta che il critico si porta in tasca. È chiaro che in questa prospettiva rileggere Manzoni, come qualunque

Un atteggiamento di questo genere, del resto, è stato quello che ha accolto fino a poco tempo fa qualsiasi interpretazione apertamente dissacrante del fenomeno rivoluzionario, come se su di esso la critica storica fosse legittimata ad operare soltanto entro settori ben circoscritti; quando venivano ad esser toccati, al contrario, determinati assi portanti dell'evento, era la Rivoluzione stessa — o meglio, la sua interpretazione 'autentica' generalmente accreditata — a reagire nei confronti dello storico 'ribelle', campionandolo automaticamente come 'controrivoluzionario', e negando perciò soltanto ogni valore scientifico al suo discorso (38).

Il fatto, però, che da circa trent'anni gli orientamenti storiografici più consolidati e tradizionali sul tema della Rivoluzione siano stati sottoposti ad una critica serrata, senza precedenti, che ha aperto a sua volta una serie di nuove prospettive alla riflessione storica, rende più tolleranti nei confronti della sporadica eterodossia dei nostri padri, ed induce nel nostro caso a cercare per la prima volta, in queste vecchie pagine manzoniane, qualche indizio per meglio comprendere un fenomeno storico la cui indagine è tutt'altro che esaurita.

2. Se prima di analizzare il contributo critico di Manzoni alziamo uno sguardo d'insieme sulla storiografia della Rivoluzione nel corso dell'Ottocento, prestando attenzione più ai modelli strutturali delle varie interpretazioni che non alle loro etichette ideologiche, o alle differenti specificità di metodo storico, balza subito agli occhi l'esistenza di un filone sostanzialmente unitario, formatosi a partire dagli anni Venti grazie al contributo di Mignet e di Thiers, e destinato a dominare tutto quanto il secolo con una sua massiccia presenza culturale, non scalfita dalle pur autorevoli voci dissenzienti. La stessa grande opera di Taine, che comincerà ad apparire verso la metà degli anni Settanta e si caratterizzerà per un forte accento polemico nei confronti della storiografia

---

altro storico del passato, diventa un'operazione del tutto oziosa sul piano intellettuale, in quanto esclude alla radice la possibilità di qualsiasi scoperta.

(38) Un'analisi ed una denuncia di questo tipo di atteggiamento in FURET, *Critica della rivoluzione*, cit., p. 3.

tradizionale, non riuscirà a lasciare dietro di sé alcuna scuola, nonostante la notevole risonanza che solleverà nell'ambito di molte, disparate discipline <sup>(39)</sup>. Lo storico ufficiale della Terza Repubblica sarà invece Alphonse Aulard, che si riallineerà con la tradizione storiografica del pieno Ottocento, convalidandone i risultati attraverso un rigoroso metodo erudito; Jean Jaurès, che all'inizio del nuovo secolo offrirà la prima grande interpretazione in chiave marxista della Rivoluzione, continua a dividerne il nucleo essenziale.

Dietro a lui, tutta la scuola 'universitaria' degli storici francesi novecenteschi, sviluppandosi di generazione in generazione, resterà consapevole di collocarsi in un rapporto di forte continuità rispetto alle matrici ottocentesche della storiografia rivoluzionaria nazionale, pur denunciandone tutte le schematicità e i condizionamenti ideologici. Meglio di ogni altro, ce lo attesta Albert Soboul, erede diretto di Jaurès e capofila ufficiale dell'ortodossia universitaria francese durante gli anni Sessanta e Settanta; che in un noto articolo polemico <sup>(40)</sup> ebbe a rivendicare con orgoglio la propria appartenenza ad una tradizione 'classica' di storiografia rivoluzionaria, iniziata dall'opuscolo di Barnave del 1792 <sup>(41)</sup>, eretta in 'sistema' per la prima volta dagli storici della Restaurazione, recepita dal *Manifesto*, sviluppata da Jaurès ed infine arricchita dal marxismo francese novecentesco di una sua fondamentale componente erudita <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Cfr. per tutti G. LEFEBVRE, *Storia della storiografia moderna*, trad. it., Milano, 1973, p. 227 ss.; sulla profonda eco del pensiero e del metodo di Taine sulle altre scienze sociali si può vedere ora L. MANGONI, *Una crisi di fine secolo*, Torino, 1985, p. 95 ss.

<sup>(40)</sup> A. SOBOUL, *La storiografia classica della Rivoluzione francese*, già in *La pensée*, XX (1974), ed ora riprodotto per il pubblico italiano nel volume antologico *Il mito della Rivoluzione francese*, a cura di M. TERNI, p. 235 ss.

<sup>(41)</sup> Ci riferiamo alla sua *Introduction à la Révolution française* (redatto nel 1792, ma pubblicato solo molti anni dopo), in cui già viene prefigurata lucidamente la tesi che la Rivoluzione sia stata la conseguenza di un cambiamento dei modi di produzione. La valorizzazione del pensiero di Barnave risale, come è noto, a Jean Jaurès.

<sup>(42)</sup> Il contributo fondamentale che alla formalizzazione di questo modello ha dato, nel corso del nostro secolo, l'*Histoire socialiste de la Révolution française* di Jean JAURÈS (il cui primo volume esce nel 1901) lo ha reso noto comunemente

L'interpretazione accolta da questa costellazione di personaggi — « la sola veramente scientifica » (43), sempre secondo le parole di Soboul — trova la sua identità fondamentale, pur dietro ad una superficie ideologica tanto variegata (44), in questa convinzione elementare: che tutti gli avvenimenti della storia francese dal 1789 al 1815 trovino la loro causa in una grande trasformazione sociale già immanente a tutto il secolo XVIII, ovvero — secondo la riscrittura marxista della vicenda — in una modifica dei rapporti di produzione, che ad un certo punto reagisce sulla 'sovrastruttura' politica, adeguandola alle nuove relazioni di classe. Il breve e terribile cataclisma che sconvolge in modo così spettacolare la superficie della vita politica francese non è che il prodotto del moto plurisecolare di una faglia profonda della storia — quella che conduce verso la società borghese —, la cui energia, contrastata da una serie di spinte conservatrici, erompe improvvisamente all'esterno distruggendo l'intero edificio istituzionale, e sostituendolo con uno nuovo, perfettamente rispondente ai mutati rapporti sociali.

Questa interpretazione, giustamente definita 'classica' in quanto capace di raccogliere tutti quanti gli storici 'di sinistra', cioè quelli fondamentalmente favorevoli alla Rivoluzione, si fonda dunque sul postulato che la puntualità della frattura rivoluzionaria possa essere ricondotta, in tutti i suoi aspetti ed in tutti i suoi momenti, ad un sistema di cause strutturali che non poteva risolvere in altro modo le sue contraddizioni. Meglio ancora che dagli storici dell'evento rivoluzionario vero e proprio, tale consapevolezza veniva espressa magnificamente, negli anni della Restaurazione e della monarchia di luglio, dagli storici-filosofi

---

come il 'sistema di Jaurès' (per una riflessione critica sul quale cfr. da ultimo M. TERNI, *Riconsiderazioni su Jaurès e l'interpretazione economica della Rivoluzione francese*, in *Studi storici*, XX (1979)).

(43) *La storiografia classica*, cit., p. 237.

(44) Com'è stato rilevato, coloro che aderiscono a questo tipo di lettura del fenomeno rivoluzionario possono essere raggruppati nell'ambito di due 'genealogie', fortemente contrapposte sul piano ideologico-politico, 'liberale' la prima (Sieyès-Barnave-Thiers-Michelet-Aulard), 'socialista' la seconda (Buonarroti-Marx-Jaurès-Mathiez): M. TERNI, *Il mito della Rivoluzione francese*, come introduzione al volume omonimo già citato.

dei tempi profondi della civiltà europea, che prepareranno la grande incastellatura di storia sociale destinata ad accogliere la Rivoluzione al suo apice. È con Guizot e con Thierry che nasce la teoria ottocentesca delle classi sociali, e forse quella stessa della lotta di classe — come Marx stesso riconoscerà in un passo famoso <sup>(45)</sup> —; è con loro che si afferma definitivamente l'idea di una storia come progresso organico, guidata dalla volontà delle forze sociali emergenti contro le resistenze retrograde dei gruppi che hanno ormai esaurito la loro funzione; è con essi infine che la Rivoluzione viene riconosciuta come l'ultimo atto del lungo cammino del terzo stato; questa « realtà immensa » <sup>(46)</sup>, cioè, che, giunta al culmine della propria maturità sociale, ha bussato alla porta dei privilegiati per rimuovere tutti quegli ostacoli allo sviluppo economico e civile che la società d'antico regime conservava gelosamente.

È su questo grande impianto di storia sociale che Thiers <sup>(47)</sup> e Mignet <sup>(48)</sup>, veri pionieri della storiografia rivoluzionaria, appoggeranno la loro, in realtà assai longeva, interpretazione. Scopo essenziale della Rivoluzione, in questa prospettiva, diventa la liberazione della terra dai vincoli feudali, la libera circolazione

<sup>(45)</sup> Lettera di Marx a Engels del 27 luglio 1854, in cui si saluta Thierry come « il père della 'lotta di classe' nella storiografia francese » (*Opere di Marx e di Engels*, vol. XXXIX, Roma, 1972, *Lettere 1852-54*, p. 399). Nel passo citato Marx si riferisce alla *Histoire de la formation et des progrès du tiers état*, la più nota, forse, tra le opere di Augustin Thierry, pubblicata nel 1853 — che Marx critica causticamente per il suo rifiuto di ammettere il prolungarsi della lotta di classe anche dopo il 1789, non certo per la sua interpretazione del fenomeno rivoluzionario, a cui aderisce in pieno —. Su questo rapporto tra Marx e gli storici della Restaurazione cfr. in breve l'introduzione di E. CANTIMORI MEZZOMONTI a MARX-ENGELS, *Manifesto del Partito Comunista*, Torino, 1948, p. 70.

<sup>(46)</sup> F. GUIZOT, *Storia della civiltà in Francia*, trad. it. a cura di R. Pozzi, Torino, 1974, p. 34.

<sup>(47)</sup> M. A. THIERS, *Histoire de la Révolution française*, 10 voll., Paris, 1823-1827. Di quest'opera, più volte in seguito ripubblicata, Manzoni ha posseduto e postillato brevemente la prima edizione citata: nel seguito di questo scritto noi ci riferiamo invece alla tredicesima ed., Capolago, 1846, in 5 voll.

<sup>(48)</sup> F. A. MIGNET, *Histoire de la Révolution française depuis 1789 jusqu'à 1814*, 2, voll., Paris, 1824 (le citazioni che seguiranno fanno riferimento a questa prima ed.).

dei capitali e delle persone, l'unificazione formale del soggetto di diritto — in una parola, la nascita della società del Codice civile. Essa si rivolse contro il potere politico solo perchè questo era solidale in tutto e per tutto con gli interessi di una classe sociale retrograda, caparbiamente aggrappata a privilegi incompatibili con il progresso storico, e che fu necessario distruggere completamente: la vera lotta di questa rivoluzione per l'eguaglianza giuridica non fu tra governanti e governati, tra il popolo ed il suo principe, ma tra il terzo stato e l'aristocrazia, ed ebbe una posta molto più alta della semplice titolarità del potere: quella di un totale rinnovamento nei rapporti sociali.

Quella sorta di 'fatalismo' nel presentare la concatenazione degli eventi rivoluzionari, che di solito viene rimproverato a Thiers e a Mignet come loro vizio capitale <sup>(49)</sup>, dipende invero dall'estrema lucidità con cui essi hanno ricondotto nella storia di breve periodo della crisi rivoluzionaria le motivazioni profonde che hanno guidato l'ascesa delle *classes moyennes* durante tutto lo svolgimento della storia moderna: una volta dichiarato così esplicitamente che l'obbiettivo della Rivoluzione era l'instaurazione di quella società ottocentesca di cui tutto il passato era già gravido, ogni sua fase viene a costituire un passaggio obbligato per la realizzazione del fine supremo; ed anche tutti quei momenti così inquietanti per la mentalità liberale — come la distruzione della monarchia, il processo a Luigi XVI, ed il Terrore stesso — ritrovano una *ratio* profonda nel contesto d'allora, giacchè senza quelle tappe pur dolorose molto difficilmente la

---

(49) Tale rimprovero è rivolto comunemente più al secondo che al primo, in quanto Mignet arriva a teorizzare esplicitamente, già all'inizio della sua opera, che le diverse fasi della Rivoluzione « ont été presque obligées, tant les événements qui les ont produits ont eu une irresistible puissance ... Ce qu'il y a de certain, c'est que la Révolution, avec les causes qui l'ont amenée et les passions qu'elle a employées ou soulevées, devait avoir cette marche et cette issue ... J'espère, en retraçant les préliminaires de la Révolution, montrer qu'il n'a pas été possible de l'éviter que de la conduire » (*Histoire*, cit., p. 4). Enunciazioni del genere in Thiers non si trovano: il che non toglie che in definitiva, sul piano prammatico, egli sia determinista quasi quanto il suo 'confratello': per tutti, MC. MANNERS, *La storiografia della Rivoluzione francese*, in *Storia del mondo moderno*, Cambridge University, vol. VIII, Milano, 1969, pp. 816-817.

Rivoluzione avrebbe potuto trionfare sui suoi avversari interni ed esterni, e partorire quindi la società del futuro. L'adozione di ideologie politiche e di sistemi d'alleanze sociali tanto estranei allo spirito dell' '89 diventa così una conseguenza inevitabile della controffensiva scatenata dai partigiani della reazione <sup>(50)</sup>, e quegli stessi anni terribili, allora, possono essere non solo 'compresi', ma anche riscattati idealmente in virtù dell'eccezionale complesso di circostanze che si trattò di fronteggiare.

Questo modello interpretativo, quindi, contiene in sé la garanzia di una comprensibilità totale del processo rivoluzionario, inteso come un lungo duello tra Rivoluzione e controrivoluzione; acclarata la razionalità relativa di ciascuno dei fatti derivanti dalla sua dialettica interna, esso viene ad essere recuperato, nel suo complesso, ad una specie di razionalità assoluta, considerando che ogni suo stadio è risultato obbiettivamente funzionale a produrre il mondo nuovo. Comprendere la Rivoluzione significa in ultima analisi svelarne tutta la necessità immanente.

A questa convinzione, formalizzata per la prima volta dai liberali della Restaurazione, resterà fondamentalmente fedele la grande maggioranza degli storici ottocenteschi, al di là delle loro differenti tendenze politiche: Louis Blanc, in particolare <sup>(51)</sup>, se ne servirà per dare una veste scientificamente composta alla tradizione democratico-egualitaria che attraverso Esquiros <sup>(52)</sup>, Cabet <sup>(53)</sup>, Laurent de l'Ardeche <sup>(54)</sup> e Buonarroti <sup>(55)</sup> aveva conservato il culto del '93; mentre Michelet, animandola con la pro-

<sup>(50)</sup> « En révolution — commenta ancora Mignet — tout dépend d'une première lutte. Pour qu'une innovation soit pacifique, il faut qu'elle ne soit pas contestée. Sinon, la guerre se déclare, et la révolution s'étend, parce que le peuple entier s'ébranle pour la défendre » (*Histoire*, cit., p. 436, a proposito del governo del Terrore).

<sup>(51)</sup> Autore di una celebre *Histoire de la Révolution française*, apparsa, in 3 volumi, tra il 1847 e il 1862.

<sup>(52)</sup> A. ESQUIROS, *Histoire des Montagnards*, Paris, 1847.

<sup>(53)</sup> E. CABET, *Révolution de 1830 et situation présente expliquées et éclairées par les Révolutions de 1789, 1792, 1799 et 1804 et par la Restauration*, Paris, 1832.

<sup>(54)</sup> Cfr., oltre all'*Histoire de Napoléon* del 1827, la *Réfutation de l'Histoire de France de l'abbé de Montgaillard*, Paris, 1828.

<sup>(55)</sup> *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, Bruxelles, 1828.

pria straordinaria passione civile e col suo nazionalismo esasperato, la trasformerà nel fato grandioso di tutto un popolo <sup>(56)</sup>.

Durante l'età bonapartista, tuttavia, si leveranno alcune voci autorevoli che, pur senza dichiararsi pregiudizialmente ostili alla Rivoluzione, manifesteranno un loro netto dissenso rispetto al nucleo centrale della tesi 'classica'. Basti ricordare i contributi di Tocqueville e di Quinet: i quali, certo non collocabili entro la tradizione storiografica reazionaria (di cui diremo tra poco), e pur muovendosi in ben diversi contesti, maturano una posizione di critica radicale nei confronti dell'interpretazione 'canonica' offerta dagli storici liberal-democratici coevi <sup>(57)</sup>.

Entrambi muovono infatti dalla considerazione comune che per spiegare i rapporti caratteristici della società ottocentesca e le sue istituzioni portanti non è affatto necessario presupporre la Rivoluzione: consapevolezza probabilmente indotta dal fatto che sia l'uno che l'altro — anche se per motivi quasi opposti — non si sentono più intimamente partecipi dei valori comuni del loro tempo, così come invece era stato al massimo grado per i liberali 'puri' della Restaurazione, od ancora, anche se in modo più travagliato e combattuto, per personaggi come Lamartine, Blanc o Michelet. L'aristocratico disincantato, escluso per le sue stesse, non rinnegate origini, dal grande banchetto della civiltà borghese, ed il democratico irrimediabilmente deluso dalla fallimentare esperienza quarantottesca vivono entrambi nella stessa coscienza che l'universo politico dell'Ottocento non è per nulla il migliore dei mondi possibili — nè in senso assoluto, come pensano i liberali, nè in senso relativo, cioè in quanto fase necessariamente propedeutica all'instaurazione di una società rigenerata, come proporrà il pensiero marxista. È il maggior distacco grazie

---

<sup>(56)</sup> L'*Histoire* di Michelet venne pubblicata dal 1847 al 1853: nel presente studio, ci si è serviti della traduzione italiana di C. GIARDINI, Milano, 1981, 4 voll.

<sup>(57)</sup> L'idea di una sostanziale complementarità — naturalmente non programmata — tra *L'ancien régime et la Révolution* da una parte (che esce nel 1856) e *La Révolution* di Quinet dall'altra (pubblicata nel 1865), già proposta da Julian e sviluppata da Omodeo, è stata ripresa da Alessandro Galante Garrone nel saggio che precede la sua traduzione italiana dell'opera di Quinet (Torino, 1953<sup>1</sup> e 1974<sup>2</sup>, pp. XLVII-III).

quale l'uno e l'altro vedono nel loro presente un momento falsiasi del tempo, e non più una fase decisiva, o addirittura eliminante, di un solare processo storico, che li induce a ripensare criticamente le origini della nuova era.

Il loro punto di vista, per ciò che ha di comune, si riduce a questo caposaldo fondamentale: tutte le presunte conquiste « matrielles » dell' '89 (liberazione della terra, abolizione dei privilegi conseguimento dell'eguaglianza giuridica, costituzione di un tessuto nazionale socialmente omogeneo) si sarebbero potute produrre lo stesso anche se la Rivoluzione non avesse avuto luogo. Secondo Quinet « sarebbe bastato lasciare mano libera alle Assemblee provinciali dell' '87 » (58) — quelle stesse dalla cui costituzione Tocqueville datava la fine dell'antico regime (59) —: « esse avrebbero ottenuto, senza tanto fracasso, il diritto civile » di cui la borghesia aveva bisogno per edificare il suo nuovo mondo sociale. La prova indiretta di questa tesi è reperita da Quinet nella incredibile facilità con cui le istituzioni del vecchio mondo (ai privilegi aristocratici a quelli delle provincie e delle città, ai Parlamenti all'antico diritto successorio) caddero senza opporre decisiva resistenza: « tutto si svolgeva come di per sè, finchè non si toccò il potere. Le cose, i luoghi, i ricordi, gli interessi, privilegi, le affinità e le ostilità di razze, perfino i dialetti, tutto cadeva » (60). Ecco perchè risulta inaccettabile indicare nel conseguimento vittorioso di questi obbiettivi la ragion d'essere della Rivoluzione le cui decennali battaglie ebbero ben altro come oggetto immediato: « non vi è nulla al mondo » — nota ancora Quinet — « su cui i francesi tanto si illudano come su questo: si vedono le cose mutare intorno a loro, e ne concludono che i principi fondamentali della loro Rivoluzione sono stati coronati con piena vittoria. In questo, essi si accontentano un po' troppo facilmente. La verità è che lo sviluppo materiale si compie per una specie di vegetazione alla quale nulla può opporsi. Le cose si trasformano e si muovono per la sola virtù del tempo » (61).

(58) *La Rivoluzione*, ed. cit., p. 82.

(59) Cfr. *L'Ancien Régime et la Révolution*, L. III, chap. III.

(60) *La Rivoluzione*, p. 80.

(61) *Ibidem*, p. 81.

Il vero scopo della Rivoluzione, che ne fa un evento a sè rispetto al secolo XVIII, fu invece soltanto la conquista della 'libertà': « i problemi di religione e di politica, vale a dire di libertà, sono stati i soli a scatenare tante tempeste », perchè sono stati i soli per i quali la storia non avesse già pronta una sua risposta immanente. Fu dunque l'estrema difficoltà di creare un'umanità capace di autogovernarsi a protrarre la Rivoluzione fino alla fine del secolo, lasciando all'Ottocento il peso di questa terribile questione irrisolta, che la dittatura di Napoleone III cercherà di accantonare per sempre.

In questo modo — è facile replicare — il discorso di Quinet non è solo banale (l'idea che la Rivoluzione sia stata condotta più per la 'libertà' che per l'eguaglianza sociale è un *topos* di certa cultura romantica: si pensi alle vecchie *Considérations* di M.me de Staël), ma rinuncia addirittura a proporre una vera spiegazione storica del fenomeno rivoluzionario, per naufragare in una forma di idealismo che fa muovere gli uomini senza alcuna motivazione concreta <sup>(62)</sup>. Verissimo: non a caso il ben più accorto Tocqueville, dopo aver constatato le decisive continuità tra l'antico regime e l'età postrivoluzionaria, trovandosi di fronte all'inevitabile domanda: « perchè, allora, la Rivoluzione? », preferirà sospendere il giudizio su questo problema centrale piuttosto che costruire risposte posticce <sup>(63)</sup>. Ma ciò che conta è proprio la presa di coscienza critica che il movimento rivoluzionario scorre su due piani non così facilmente raccordabili come ritiene la vulgata della storiografia ottocentesca: finchè si pretende di spiegarla rinviando ai mutamenti da essa provocati sulla struttura

---

<sup>(62)</sup> Queste le motivazioni in forza delle quali Quinet è stato sostanzialmente emarginato da parte degli storici novecenteschi della Rivoluzione (cfr. per tutti le severe pagine che gli ha dedicato Georges Lefebvre nella sua *Storia della storiografia moderna*, cit., pp. 200-203, nonché la sua recensione al saggio di Galante Garrone succitato in *Annales historiques de la Révolution française*, XXVI (1954), pp. 182-186, in cui si svuota di ogni autentico valore storiografico il contributo di Quinet).

<sup>(63)</sup> Una bella analisi sulla storia interna dell'opera di Tocqueville, ed in particolare su come egli si sia posto effettivamente l'enigma della 'rottura' è svolta da François Furet (*Tocqueville e il problema della Rivoluzione francese*, in Id., *Critica della Rivoluzione francese*, cit.).

ociale, la Rivoluzione sarà sempre un avvenimento 'sproporzionato' rispetto ai suoi scopi presunti, che si riuscirà a giustificare solo a prezzo di una continua acrobazia logica, di una serie di infinite forzature della realtà effettuale (64).

La storiografia ottocentesca successiva non svilupperà i germi critici di questo discorso, ponendosi seriamente il problema delle cause di breve periodo. La monumentale, travolgente opera di Michelet rinnoverà mirabilmente l'interpretazione tradizionale, applicando alle sue profonde carenze logico-strutturali col cancellare ogni distanza tra i fatti ed il loro narratore, lasciando cioè che sia la Rivoluzione stessa a 'raccontarsi' attraverso la voce del proprio aedo. Aulard aggiungerà a tutto questo la dignità di un'erudizione meticolosa, il marxismo quella di un sistema teorico che, ponendo al suo centro il concetto di 'rivoluzione', lo definisce nella sua essenza proprio come una lotta tra classi per la trasformazione del contesto sociale. E sarà solo grazie a una continua, imparziale ricerca erudita che nel corso del nostro secolo questo modello d'interpretazione riuscirà a smussare i suoi spigoli, recuperando, soprattutto grazie a Lefebvre, tutta la complessa profondità del fenomeno rivoluzionario pur senza smentirsi nelle sue linee fondamentali.

3. Questo colpo d'occhio d'insieme ci consente di cominciare a collocare il contributo manzoniano nell'ambito della storiografia ottocentesca. L'esserci soffermati sulle figure di Tocqueville e di Guinet naturalmente non è casuale, giacchè riteniamo appunto che il saggio di Manzoni presenti rispetto alle loro interpretazioni un punto d'inizio comune, in quello stesso atteggiamento critico ai confronti della corrente storiografica 'classica' dell'Ottocento generale. Al pari di questi suoi due predecessori Manzoni è fermamente convinto che la Rivoluzione non rappresenti per niente un passaggio obbligato verso la società contemporanea, ma che il suo deflagrare debba essere imputato ad una serie di cause

---

(64) È questa la considerazione fondamentale, in effetti, da cui ha preso le mosse la storiografia 'revisionista' a noi contemporanea, a partire dal famoso intervento di Cobban del 1954 (*The myth of the French Revolution*, ripubblicato Id., *Aspects of the French Revolution*, London, 1968).

largamente indipendenti dal movimento evolutivo del corpo sociale.

Con questo, non si vuole affatto suggerire l'idea che Manzoni abbia potuto derivare i suoi giudizi sulla Rivoluzione dai libri di Tocqueville e di Quinet. Se è vero che il primo risulta essere uno dei pochissimi storici contemporanei espressamente citati nelle note del suo saggio <sup>(65)</sup>, non si sa se egli abbia mai letto l'opera del secondo — la quale si colloca anzi, a livello ideologico, esattamente agli antipodi delle sue posizioni: secondo Manzoni, è proprio perchè la Rivoluzione si presenta come un evento non-necessitato sul piano dello sviluppo «materiel» che merita di essere condannata senz'appello.

Fin dalle prime righe del saggio, in realtà, Manzoni rivela una così dichiarata ostilità pregiudiziale nei confronti del fenomeno rivoluzionario da iscriversi fin troppo esplicitamente nell'ambito di quella fiorentissima tradizione di 'destra' che costituisce il secondo filone principale della storiografia rivoluzionaria accanto a quello 'classico' sopra ricordato. Che Manzoni, del resto, abbia seguito con attenzione questo pensiero storiografico conservatore è reso evidente da un semplice esame della sua biblioteca personale <sup>(66)</sup>, che, mentre sembra ignorare Mignet, Michelet o Blanc <sup>(67)</sup>, comprende parecchi grandi classici della destra (da Beaulieu <sup>(68)</sup>

<sup>(65)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 527 ss., dove egli cita il cap. V, L. III dell'opera di Tocqueville.

<sup>(66)</sup> Un'inventario della quale è stato pubblicato in *Annali manzoniani*, VI (1981).

<sup>(67)</sup> Tra le grandi opere degli storici della 'sinistra' Manzoni possedeva soltanto le *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française* di M.me De Staël (Paris, 1818, 3 voll.), di cui aveva postillato, in francese, moltissime pagine, e del quale il suo saggio si può considerare in gran parte come una confutazione diretta; l'*Histoire* di Thiers; e l'*Histoire de l'Assemblée Constituante* di Alexandre Lameth (Paris, 1828-29, 2 voll.), (che si iscrive meglio, però, in una tradizione memorialistica che effettivamente storiografica). Nella sua biblioteca troviamo tuttavia il *Précis d'histoire moderne* di Michelet (2ème éd., Paris, 1829).

<sup>(68)</sup> C. F. BEAULIEU, *Essais historiques sur les causes et les effets de la Révolution de France*, Paris, 1801-1803, 6 voll. L'Autore, giornalista di professione già sotto l'antico regime, partecipa attivamente alle vicende rivoluzionarie come monarchico costituzionale e fogliante; arrestato durante il Terrore e liberato dopo termidoro, riprende l'attività pubblicistica attaccando i giacobini ed il governo

Montlosier <sup>(69)</sup> a Bonald) <sup>(70)</sup>. Bisogna tuttavia rilevare che anche ell'ambito di questa tradizione finisce per riproporsi l'alternativa

rettoriale. Questi *Essais*, i quali non hanno come fonti che il *Moniteur* ed i suoi personali ricordi, contengono tuttavia alcune osservazioni interessanti probabilmente suggerite dalla lettura di Burke: Napoleone vi viene presentato come il grande pacificatore, secondo la più canonica iconografia ufficiale del regime. A Paulieu, che sintetizzò quest'opera in un saggio più agile nel 1820, si attribuisce anche una probabile paternità del primo volume della *Histoire de la Révolution en deux amis de la liberté* (1790-1803).

<sup>(69)</sup> F. D. DE REYMOND DE MONTLOSIER, *De la monarchie française depuis son établissement jusqu'à nos jours, ou Recherches sur les anciennes institutions françaises et sur les causes qui ont amené la Révolution*: la prima ed. di quest'opera, che ne conoscerà in seguito varie altre aggiornate con supplementi sulla storia della Restaurazione, è del 1814; Manzoni possiede quella del 1818. Su Montlosier, deputato agli stati generali e pubblicista di grido nell'ambito della destra moderata, cfr. GODECHOT, *La contre-révolution*, cit., p. 30 ss. La tesi centrale di questo più tardo scritto di Montlosier (il quale a quest'epoca è ormai un deciso sostenitore degli *ultras*) è che la Rivoluzione è stata interamente provocata dallo smantellamento sistematico dei privilegi della nobiltà condotto dagli ultimi sovrani francesi (punto di vista che anticipa quello di Taine).

<sup>(70)</sup> Tra le molte opere di questo autore possedute da Manzoni, merita di essere ricordato in particolare l'opuscolo *Observations sur l'ouvrage de M.me la comtesse de Staël, ayant pour titre Considérations sur les principaux événements de la Révolution*, Paris, 1818, dal quale Manzoni può aver ripreso alcuni giudizi polemici nei confronti del modello 'classico' di cui più oltre si dirà. E ancora: l'ambito della più nota e diffusa memorialistica controrivoluzionaria Manzoni conosce il *Tableau historique et politique des travaux de l'Assemblée Constituante depuis l'ouverture des Etats généraux jusqu'après la journée du 6 octobre* dell'abate Antoine de Rivarol (Paris, 1797), che ha postillato sia pur brevemente — e da cui forse ha ripreso la valorizzazione del programma reale del 23 giugno, alla cui genesi l'autore stesso forse contribuì, prima di divenire, assieme a Cazalès, sostenitore della « monarchie populaire » —; ha letto Senac de Meilhan (*Des incipies et des causes de la Révolution française*, Paris, 1790, opera che ottenne prestito dalla Biblioteca di Brera nel 1864; cfr. la ricevuta pubblicata da D. CASSI, *Lettere inedite di A. Manzoni*, in *Aevum*, V (1931), p. 203 ss.); conosce le *Œuvres et correspondances pour servir à l'histoire de la Révolution française* di Gilbert Du Pan, pubblicate postume nel 1851 in due volumi, come ci attesta una nota alla Staël ed una lettera del '62 al bibliotecario di casa Giuliani; utilizza il diffuso *Mémoire pour servir à l'histoire de l'Assemblée Constituante et de la Révolution de 1789* del Marchese De Ferrière (anno, VIII, 3 voll.), pur essendo perentamente consapevole della sua scarsa attendibilità. Inoltre, spigolando tra i libri avuti in prestito e quelli compresi nella sua biblioteca, scopriamo il suo inedito per tutta quella pubblicistica 'minore' variamente polemica nei confronti della Rivoluzione (dalle *Mémoires* di M.me Campan, cameriera della Re-

fondamentale tra chi considera la rivoluzione come il tragico, inevitabile epilogo delle dinamiche sociali e politiche dell'antico regime, e chi invece preferisce collocarla entro uno spazio congiunturale, cercandone i reali motivi in fenomeni di natura 'sovrastutturale'. Semplificando al massimo, ed escludendo tutti quei polemisti della prima ora per i quali la Rivoluzione è stata il frutto di una imponderabile congiura di forze occulte (si pensi a Ferrière, e soprattutto a Barruel), o addirittura una sorta di castigo soprannaturale per una nobiltà corrotta e sacrilega (come

---

gina (Paris, 1822) a quelle del Marchese di Bouillé (Paris, 1801), uno degli organizzatori della fuga di Varennes, dai lavori documentaristici di Charles Aimé Dauban sugli aspetti meno edificanti del Terrore (anni '60 del secolo) alla ricerca di Emile Campardon sul tribunale rivoluzionario (Paris, 1866), alla *Histoire de Robespierre* di Ernst Hamel (Paris, 1865-66).

Brillante per assenza, invece, sia negli scaffali di casa Manzoni, sia nelle note delle *Osservazioni comparative* l'opera forse più rappresentativa di tutta la storiografia reazionaria della prima metà del secolo, *The French Revolution* di Thomas Carlyle (London 1837). Che Manzoni, comunque, la conoscesse o meno (la sua scarsa familiarità con la lingua inglese, adottata da qualcuno a motivo della sua ignoranza di Carlyle, non basta ad escludere che egli la possa aver letta, tanto più che nel 1865 venne tradotta in francese col titolo: *Histoire de la Révolution française*) essa deve aver esercitato su di lui un'influenza assai scarsa: campione di un fatalismo che potremmo definire 'negativo' — di segno opposto, cioè, a quello patriottico e trionfante degli storici liberali francesi — Carlyle vede nella Rivoluzione lo scatenarsi inevitabile e spettacolare di una serie di forze selvagge che la decadenza dell'antico regime ha preparato da lungo tempo, e che offrono allo storico più un'occasione per dimostrare le proprie doti di narratore che un tema di riflessione critica (senza contare il fatto che l'obiettiva volgarità dello stile di Carlyle, la sua enfasi e la sua pregiudiziale ostilità nazionalistica nei confronti dell'esperienza storica francese non dovevano renderlo particolarmente simpatico a Manzoni: LOMBARDO RADICE, *Uno storico italiano della Rivoluzione francese*, cit., p. 33).

Resta da ultimo un più importante problema: se cioè Manzoni conoscesse o meno le *Reflexions* di Burke — il testo-base della critica controrivoluzionaria, — al cui ricco patrimonio di osservazioni attingerà tutta quanta la storiografia della 'destra' nel corso del secolo. I punti di contatto col pensiero di Burke balzano subito agli occhi a chiunque sfogli le *Osservazioni comparative*: eppure, Manzoni non cita mai questo testo famoso, né nel saggio sulla Rivoluzione né altrove; di esso non troviamo nemmeno traccia nella sua biblioteca, che pure comprende, dello stesso autore, una traduzione francese del suo più noto saggio di estetica (*Recherches philosophiques sur l'origine de nos idées du sublime et du beau*, Paris, a. XI).

per De Maistre), possiamo forse individuare due grandi correnti interpretative fondamentali. Per quella prevalente, la Rivoluzione costituisce solo l'ultimo atto di quella lunga agonia a cui la società tradizionale è stata condannata dalla deleteria politica accentratrice dell'assolutismo. 'Lanciata' da Burke, ripresa sotto la Restaurazione da Montlosier, accettata da Carlyle, questa idea costituirà il grande tema ispiratore dell'opera di Taine, « *Les origines de la France contemporaine* », il cui primo volume uscirà pochi anni dopo la morte di Manzoni, nel 1876.

Chi conosce Taine non può non essere colpito profondamente da alcuni tratti comuni che la sua opera rivela rispetto al saggio manzoniano, a dispetto dell'abissale distanza che separa il 'realista' Manzoni dal 'positivista' Taine. Nelle pagine di Taine, scritte sotto lo choc incancellabile della Comune, troviamo la stessa angoscia nei confronti del dilagare dello spirito rivoluzionario, la stessa idea di una spirale catastrofica senza fine, che la Rivoluzione ha scatenato e di cui l'Ottocento è rimasto irrimediabilmente prigioniero, lo stesso disprezzo per l'azione inconsapevole e brutale delle masse, lo stesso durissimo giudizio sull'incapacità dell'*élite* dirigente di guidare e controllare la propria rivoluzione. L'aspetto, però, su cui i due autori divergono nettamente è appunto quello della necessità storica dell'evento rivoluzionario. Taine ha scritto un intero, grosso volume — il primo della serie *Les origines*, intitolato appunto *L'ancien régime* — per dimostrare che la Rivoluzione era inevitabile; proprio dalla lettura di Burke egli aveva tratto la convinzione che la Francia stava precipitando verso la Rivoluzione quantomeno da un secolo intero, da quando cioè la politica d'accentramento e di disgregazione sociale perseguita dalla monarchia aveva potuto dispiegarsi in tutta la sua ampiezza. I re, primi veri rivoluzionari della storia francese, si erano scavati la fossa con le loro stesse mani, distruggendo quel primato politico dell'aristocrazia su cui si fondava l'antica costituzione del Regno: l'eliminazione di ciò che la civiltà anglosassone definisce una 'gentry' — questo fu il movente profondo della Rivoluzione <sup>(71)</sup>. La quale quindi, sotto

---

(71) « *Deja avant l'écoulement final, la France est dissoute, et elle est dissoute parce que les privilèges ont oublié leur caractère d'hommes publics* » (*L'an-*

un certo aspetto, non fu che l'anarchia stessa in cui uno Stato senza più fondamenta si trovò alla fine ad affondare. Manzoni, al contrario, — conoscesse o meno le tesi di Burke — riflette, della loro critica, soprattutto la faccia complementare. Egli resta del tutto freddo, cioè, di fronte alla *laudatio* burkiana delle costituzioni pre-assolutiche ed alla sua polemica nei confronti dell'ordinamento monarchico in nome di un passato oleografico e fantastico, e sembra invece ritenere (seguendo in questo l'indicazione di Tocqueville) che tutti i problemi della monarchia alla fine del Settecento derivino da una crisi di sviluppo più che dall'esplosione di fatali contraddizioni. Dove invece il suo giudizio sembra concordare con quello di Burke è nello stigmatizzare il comportamento del Terzo agli stati generali: esso si trovò di fronte ad un re che per la prima volta nella storia accettava di privarsi di gran parte del proprio potere, e di avviare d'accordo con la nazione un programma di riforme sociali di enorme rilievo <sup>(72)</sup>, ed a tale offerta eccezionale rispose distruggendo l'ordine legale stesso che garantiva questa trasformazione, e gettandosi con prodigiosa inconsapevolezza in un *cursus* di eventi totalmente imprevedibile.

Manzoni, dunque, si allontana implicitamente dagli storici anti-rivoluzionari proprio nel momento in cui anche costoro, parallelamente ai loro avversari liberali, propongono un sistema di cause 'profonde' attraverso il quale dar conto della Rivoluzione, finendo per presentarla come una tragedia inevitabile.

Egli si colloca semmai su di un altro versante della storiografia di 'destra': quello prefigurato da Beaulieu e soprattutto dal Bonald delle *Observations sur l'ouvrage de M.me de Staël*, il

---

*cien régime*, ed. cit., p. 109): il Re, secondo Taine, spossessando i nobili delle loro funzioni pubbliche tradizionali, non riesce a rimpiazzare il loro ruolo, sia perchè l'accentramento monarchico è una forma d'organizzazione istituzionale funzionalmente assurda, in cui il monarca si trova oberato da una responsabilità enorme, sproporzionata alle capacità di un unico individuo ed insostenibile sul lungo periodo, sia perchè egli continua a considerarsi come il primo dei privilegiati, ed ha una mentalità più vicina a quella di un grande *rentier* che a quella di un uomo pubblico.

<sup>(72)</sup> Così in effetti E. BURKE, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese*, in *Scritti politici*, a cura di A. MARTELLONI, Torino, 1963, pp. 251 ss.

quale ultimo ha probabilmente esercitato su di lui una certa influenza diretta. Secondo questa prospettiva, la Rivoluzione non può essere assolutamente spiegata come la crisi definitiva ed in qualche modo 'fisiologica' di una società in disfacimento: il mondo dell'antico regime aveva le sue disfunzioni, certo, ma non più grandi di quelle caratteristiche di altri modelli politici, esistiti sia prima che dopo. Sostenere che la Francia sia precipitata nella Rivoluzione perchè il monarca-*'despote'* ha distrutto selvaggiamente tutta l'antica struttura istituzionale delle *'libertà'* e dei privilegi (come ritengono appunto, anche se da opposte sponde ideologiche, M.me de Staël da una parte, ed una quantità di storici *'nostalgici'* dall'altra) <sup>(73)</sup> costituisce soltanto una risposta di comodo, con cui il critico si esonera dalla responsabilità di comprendere le cause reali della crisi rivoluzionaria.

Per quel che lo riguarda, anzi, Manzoni è fermamente convinto che il regno di Luigi XVI non solo non corrisponda ad un momento di decadenza istituzionale, ma rappresenti al contrario una fase di grande crescita sociale e politica. Alcune sue glosse al libro della Staël ci dimostrano quanto egli considerasse superficiale la vecchia immagine di maniera dell'assolutismo come forma di governo *'despotique'*, e quanto profonda fosse invece la sua stima per il programma di riforme avviato dall'ultimo Borbone <sup>(74)</sup>.

---

<sup>(73)</sup> Quest'analogia sostanziale tra la prima paladina dell'interpretazione *'liberale'* della Rivoluzione e buona parte dei suoi oppositori reazionari merita di essere sottolineata: al pari del conservatore Burke, anche M.me de Staël è convinta che la Rivoluzione abbia costituito il punto di rottura di una forma di governo — quella monarchico-assoluta — politicamente oppressiva e funzionalmente incongrua rispetto alla realtà sociale. E come Burke, anche M.me de Staël è convinta che il *'despotisme'* sia una forma di reggimento politico storicamente recente, estranea alle vere tradizioni della Francia, che sono invece quelle delle *'libertà'* delle istituzioni infrasocietarie e dei corpi intermedi.

<sup>(74)</sup> A M.me de Staël che esalta le antiche Repubbliche, che si commuove ancora per l'ingrata sorte toccata ai nobili del secolo XVIII, condannati dal *'despotisme'* all'*'etat de courtisans'*, e che in definitiva guarda con comprensione e benevolenza alla rivolta parlamentare come primo momento del risveglio dell'opinione pubblica, Manzoni oppone con sarcasmo pungente il ricordo della strenua difesa della *corvée* condotta dalla casta parlamentare contro la politica sinceramente riformista intrapresa dal sovrano: G. LESCA, *Postille inedite di A. Man-*

Sotto questo profilo, Manzoni si avvicina nettamente alle posizioni del più importante storico cattolico-liberale della Rivoluzione francese vissuto nella prima metà del secolo: Joseph Droz, autore di un'opera — pubblicata nel 1839 — dal titolo significativo: *Histoire du règne de Louis XVI pendant les années où l'on pouvait prévenir ou diriger la Révolution française*, che viene indicata come « pregevole » in una nota del saggio <sup>(75)</sup>.

La prospettiva di Droz coincide in gran parte con quella di Manzoni. Anch'egli è convinto che Luigi XVI, all'inizio del suo regno, si trovasse nella posizione ideale per assicurare « d'heureuses destinées » alla sua nazione attraverso un cauto riformismo che fu ostacolato con ogni mezzo dalla nobiltà di toga e dalla Corte <sup>(76)</sup>; anch'egli ritiene abominevole la violenza rivoluzionaria, ed è profondamente turbato, in particolare, dal comportamento delle masse, incontinenti e feroci. Nè il fallimento del ministero Turgot, nè la crisi finanziaria, nè la stessa rivolta aristocratica rendevano inevitabile, secondo lui, lo sbocco rivoluzionario: fino al 1788 il Re sarebbe stato ancora in tempo a concedere una Carta, come gli consigliava Malesherbes, scavalcando 'a sinistra' i Parlamenti e ritrovando la fiducia del Paese. La convocazione degli stati, viceversa, rimettendo l'iniziativa alle forze sociali, non potè che dare il via alla Rivoluzione; la quale, però, avrebbe potuto ancora

---

*zoni a storici della Rivoluzione francese*, in *Nuova Antologia*, CCLXXVI (1931), pp. 92-94.

<sup>(75)</sup> *La Rivoluzione francese*, nota A, p. 565 n. Per una valutazione di quest'opera resta importante ancora la recensione 'a caldo' del contemporaneo Pellegrino Rossi (*Revue des Deux Mondes*, 1840, p. 243 ss.). Piene di lodi per Droz, queste pagine scritte da uno dei principali esponenti del liberalismo politico europeo non riescono a mascherare del tutto un certo disagio per la tesi di questo storico, e si chiudono con una sua velata sconfessione (« nous croyons que les hommes et les choses de 1789 étant données, nul ne pouvait gouverner la révolution et en prévenir les écarts »: la fede nell'inevitabilità assoluta dell'evento rivoluzionario è ormai divenuta un pilastro portante del cosmo ideologico del secolo XIX). Su Droz storico cfr. anche l'opuscolo di F. A. MIGNET, *Notice historique sur la vie et les travaux de M. Droz*, Paris, 1852.

<sup>(76)</sup> *Histoire du Règne de Louis XVI*, cit., p. 372: « si des améliorations se fussent opérées, celles-ci en eussent amené d'autres; nous aurions suivi constamment une route paisible, animés par cet esprit de bienveillance ... qui semblait nous être naturel ».

essere guidata dalle *élites* tradizionali, quantomeno fino alle giornate di ottobre, se vi fosse stata una maggiore disponibilità al compromesso con la monarchia. Solo con il ritorno forzato del Re a Parigi la Rivoluzione comincia a precipitare senza più freno « sur une pente rapide ..., d'abîme en abîme ».

Per quanto, tuttavia, Manzoni possa essere stato stimolato da Droz, egli ci ha lasciato qualcosa di assai diverso dal suo tipo di interpretazione. Può darsi, in effetti, che la storia di Droz sia meno 'fatalista' dei grandi classici dell'Ottocento; ma essa, come annuncia fin troppo chiaramente il suo titolo, recupera alla dimensione della critica storica non tanto l'evento rivoluzionario, quanto la possibilità di prevenirlo o dirigerlo da parte della monarchia o della classe dirigente. Droz riconosce, a differenza di altri storici, che determinate variabili esterne avrebbero potuto, negli anni immediatamente precedenti, sbarrare la strada, depistare o disinnescare la Rivoluzione (se Turgot fosse riuscito, se non ci fosse stata la guerra d'America o il trattato dell' '87, se la carestia avesse tardato qualche anno, se il Re si fosse dimostrato più liberale nel momento giusto, e così via); ma egli non si pone assolutamente il problema di come sia nato il comportamento rivoluzionario in sé e per sé, che considera implicitamente come una conseguenza inevitabile di certe contraddizioni 'strutturali' dell'antico regime. Assieme a tutta la storiografia liberale a lui coeva, cioè, Droz dà per scontata l'immanenza della Rivoluzione, e non si ferma a chiedersi come mai, quando tutti i nodi critici dell'antico regime vennero al pettine, essi dettero luogo proprio a *quel* fenomeno, così storicamente specifico ed inedito (che da allora in poi ha costituito una tipica categoria del comportamento politico, chiamata appunto 'rivoluzione'), e non invece a qualche cosa d'altro.

Le vere radici del 'fatalismo' stanno proprio in questo tipo di atteggiamento, che rifiutando di affrontare criticamente la rivoluzione in senso stretto come un qualunque fatto storico, scomponendola nei suoi elementi empirici costitutivi, ne fa una specie di forza occulta, contro cui ci si può battere, ma che non è dato comprendere dal suo interno.

È proprio qui, allora, che il discorso di Manzoni, liberandosi completamente del postulato della necessità dell'accaduto, si apre

una via tutta sua, riportandoci all'inquieta sensibilità di polemisti come Beaulieu e Bonald, in cui l'evento rivoluzionario, non ancora cristallizzato nella definitività della storia ufficiale, svela tutta la sua trama di gesti fortuiti, di equivoci, di inconsapevolezze. La tesi di Manzoni, diametralmente opposta, in questo, a quella di Droz, è che la Rivoluzione fosse ancora evitabilissima all'apertura degli stati, e che essa fu semplicemente iniziata per un grossolano errore di valutazione da parte dei deputati del Terzo, e nient'affatto per una necessità intrinseca agli eventi; viceversa, appena avviata essa innesca una dinamica sociale estremamente specifica, e procede secondo una propria logica interna, largamente autonoma rispetto al contesto in cui si colloca, verso direzioni per chiunque imprevedibili. Dal contrasto fortissimo tra l'estrema contingenza dei comportamenti e la spaventosa irrevocabilità degli effetti scaturisce tutta la grande tensione drammatica del saggio: il quale, per quanto funzionale ad una morale predicatoria e non ad una vera comprensione scientifica, pone con forza l'esigenza di tracciare una storia del 'fenomeno rivoluzionario' come momento centrale di ogni storia della Rivoluzione francese.

4. Il primo dato originale del saggio manzoniano in cui il lettore si imbatte — che resta anche quello, forse, che più di ogni altro ha contribuito a devalorizzarlo sul piano scientifico nell'opinione della critica — è costituito dal fatto che la Rivoluzione vi viene presentata come un evento assolutamente privo di 'cause'.

Ogni storico ottocentesco ritiene suo compito primario quello di rintracciare nel periodo precedente la Rivoluzione il complesso di motivi sociali, politici, istituzionali ed economici che hanno cospirato a determinarla, attraverso un'analisi di carattere 'sistemico' della società d'antico regime che precede e giustifica il 'racconto' cronologico dei giorni della crisi.

La necessità di questo ideale capitolo introduttivo è annunciata una volta per tutte da M.me de Staël, nell'atto stesso di 'lanciare' l'interpretazione liberale della Rivoluzione francese: «la révolution de France est une des grandes époques de l'ordre social. Ceux qui la considèrent comme un événement accidentel

— cioè, appunto, privo di ‘ cause ’ profonde — n’ont porté leurs regards ni dans le passé, ni dans l’avenir » (77).

Tale enunciato ha insieme lo *status* di una constatazione positiva e di un postulato ideologico, dove ognuna di queste due valenze avvalora se stessa rinviando all’altra. Da un lato, cioè, l’affermazione contiene la promessa che la ricerca storico-erudita sulle cause ‘ profonde ’ sarà sempre lecita e fruttuosa, in quanto per definizione il fenomeno rivoluzionario costituisce un grande ganglio del divenire storico, già implicito nel secolo precedente; dall’altro, proprio attraverso un esame scientifico della società d’antico regime si scopre quanto sia vera quest’ultima affermazione, e quanto la Rivoluzione sia stata un cataclisma inevitabile. Per tutti gli storici successivi, quindi, la ricerca delle ‘ cause ’ costituirà il banco di prova della validità scientifica del loro lavoro, il cui obbiettivo consiste appunto nello spiegare un certo evento sulla base dei fatti che l’hanno determinato, ed al tempo stesso rappresenterà lo strumento per confermare una propria intima fede — quella cioè che indica nella Rivoluzione francese il *dies a quo* dell’era contemporanea.

Rispetto a questa prassi di ricerca, Manzoni si comporta in maniera diametralmente opposta. Non solo egli, iniziando il suo saggio col 5 di maggio (giorno di apertura degli Stati) mostra di considerare del tutto ininfluenti rispetto allo scoppio della Rivoluzione i fatti che hanno preceduto quella data; ma nelle due paginette introduttive in cui sintetizza la situazione politica generale della primavera dell’ ’89, ci offre una selezione degli eventi ‘ alla rovescia ’, isolando, cioè, tutti e soltanto quei fatti che rendono improbabile lo scoppio della Rivoluzione di lì a poche settimane. E la stessa tecnica continua ad essere applicata nell’analisi dei primi due mesi della crisi, cioè fino al 23 giugno, quando la scelta del Terzo di assumere una posizione rivoluzionaria viene assunta in maniera definitiva.

Adottando questo tipo di lettura, Manzoni opera alcune forzature veramente macroscopiche: ‘ dimenticandosi ’, per esempio, di quella rivolta aristocratica che l’anno prima ha già virtualmente aperto la Rivoluzione, portando lo Stato all’ingovernabi-

---

(77) *Considerations*, cit., vol. I, p. 1.

lità (ed imbarazzato, probabilmente, da questa clamorosa lacuna, ne tratta in una lunghissima nota a parte, alla fine del saggio). Ed ancora, è palese la sua intenzione di minimizzare oltre misura il conflitto apertosi sui privilegi sociali dell'aristocrazia, fino a giungere, come vedremo, a vere e proprie falsificazioni della realtà storica.

Ma queste ingenuità non bastano a togliere al suo discorso ogni credibilità rispetto alla scelta opposta — quella cioè di valorizzare i soli elementi funzionali alla rottura — tipica di tutta la storiografia 'classica'. Quest'ultima opzione è più 'scientifica' dell'altra solo perchè l'evento si è prodotto effettivamente: ma ciò, nè può cancellare la potenzialità degli esiti di cui la situazione originaria era gravida, nè è sufficiente a dar conto di quell'esito così 'speciale' che poi si produsse effettivamente. Inventariare, cioè, tutto il complesso di contraddizioni socio-politiche in cui l'*ancien régime* si era avviluppato non basta a spiegare come mai, per risolverle, si sia applicata per la prima volta nella storia una prassi di tipo rivoluzionario, consistente nell'abbattere coscientemente quell'ordinamento giuridico che fino ad allora era stato l'unico possibile per sostituirvene uno nuovo, creato artificialmente. Già prima del 1789 la storia ha assistito al prodursi di grandi rivolgimenti sociali, senza che però la dinamica corrispondente abbia mai assunto la forma specifica di una 'rivoluzione' nel senso oggi per noi comune del termine — posto che le 'rivoluzioni' a base religiosa del Seicento inglese corrispondono ancora ad un modello del tutto diverso, a cui resta consustanziale quell'idea di un movimento ciclico, di un ritorno all'origine indicato dall'etimo del vocabolo e già ben noto alla politologia del mondo classico<sup>(78)</sup>. Che l'antico regime, insomma, stesse attraversando una fase di profondo mutamento, non significa assolutamente che quel mutamento dovesse per forza configurarsi di tipo 'rivoluzionario'.

La Francia dell' '89, in particolare, che è la Francia dei *cahiers*, non lascia trasparire ancora il ricorso ad una soluzione di que-

---

(78) Sull'evoluzione storica del concetto di rivoluzione cfr. per tutti e in sintesi S. VECA, *Rivoluzione, ad vocem* in *Enciclopedia*, diretta da R. ROMANO, vol. XII, Torino, 1981, p. 244 ss. (e comunque cfr. *infra* nel testo, § 8).

sta natura. Manzoni se ne è convinto soprattutto studiando l'opera di Léon de Poncins, lo storico liberal-moderato che nel 1866, stimolato dalle nuove prospettive aperte da Tocqueville e da Laver-gne, ha affrontato un primo studio sistematico dei *cahiers de doléances* dei grandi baliaggi <sup>(79)</sup>.

Sulla scorta delle indicazioni di quest'opera, la lettura dei *cahiers* accolta da Manzoni imbocca una 'terza via' rispetto a quella proposta da Michelet da un lato — che voleva a tutti i costi ricavare da essi l'immagine di una società già compiutamente rivoluzionaria — e da Taine dall'altro — che di lì a pochi anni revocherà in dubbio l'autenticità popolare di questi documenti. I *cahiers*, secondo Manzoni, offrono un quadro sincero e veridico dei bisogni della Francia alla fine del secolo: ma, appunto, tali bisogni non sembrano prefigurare ancora in niente tutto ciò che accadrà di lì a poco. Si tratta di un approccio evidentemente 'ingenuo', che non tiene conto dell'estrema complessità di una documentazione storica stratificatissima, e della quale, del resto, viene presa in esame soltanto quella piccola porzione 'colta' che all'epoca è l'unica ad essere conosciuta dagli studiosi.

Tuttavia, attraverso il lavoro di Poncins, Manzoni ha messo chiaramente a fuoco un dato sostanzialmente esatto, che la storiografia liberale tendeva deliberatamente ad ignorare: il linguag-

---

<sup>(79)</sup> L. DE PONCINS, *Les cahiers de '89, ou les vrais principes libéraux*, Paris, 1866: si tratta di un'altra delle poche opere di storici contemporanei che Manzoni ha ritenuto meritevole di una citazione espressa nel suo saggio (*La Rivoluzione francese*, p. 324 ss.). Le posizioni di Poncins nei confronti della Rivoluzione sono in effetti abbastanza vicine a quelle di Manzoni: anch'egli ritiene che la convocazione degli Stati da parte del Re sia stata, da parte sua, « une libre abdication du pouvoir absolu entre les mains de son peuple » (p. 288); anch'egli pensa, quindi, che l'89 avrebbe potuto costituire l'occasione per una rifondazione pacifica ed unanime della società francese; anch'egli guarda con sconforto ed amarezza al tormentato itinerario che la Francia dell'Ottocento ha dovuto percorrere seguendo quella stessa libertà che Luigi XVI le aveva servito su un piatto d'argento. Tesi centrale dell'opera, dichiaratamente polemica nei confronti della storiografia liberale classica, è che la conflittualità sociale alla vigilia della Rivoluzione fosse in realtà molto più limitata di quanto vorrebbero far credere gli storici della 'rottura': le richieste su cui i *cahiers* dei tre ordini concordano sono infinitamente più numerose di quelle su cui divergono, ed il Re ha già manifestato la sua disponibilità a soddisfarle pressochè *in toto*.

gio dei *cahiers* è ancora quello della vecchia Francia che si rivolge al suo Re, e nessuna delle loro molteplici richieste, che Manzoni riepiloga nelle prime pagine del saggio, pone assolutamente in discussione, nemmeno a livello implicito, la continuità con lo *status quo ante* <sup>(80)</sup>.

Tutte le rivendicazioni a contenuto politico si inseriscono in una tradizione liberale vecchia almeno quanto Saint-Simon: fine del governo arbitrario e garanzia della libertà personale, fine del dispotismo ministeriale, controllo sociale sulla spesa e sulla legislazione attraverso la partecipazione attiva di determinate rappresentanze alla gestione del potere. I *cahiers* della nobiltà sono identici a quelli del Terzo, nell'additare questi obiettivi: si tratta della antichissima aspirazione delle *élites* a vedersi riconosciuto un loro ruolo politico da parte del monarca, in continuità quasi perfetta rispetto all'episodio più recente del contrasto tra Corona e società organizzata, quello della rivolta parlamentare dell'anno prima <sup>(81)</sup>. Il Re, che ha convocato gli stati generali proprio nella coscienza della propria sconfitta, è già disposto a riconoscere più o meno tutto, abdicando alle vecchie formule assolutistiche.

Sul piano delle rivendicazioni sociali, invece, c'è da dire subito che l'eguaglianza tributaria da un bel pezzo non costituisce più la vera posta della battaglia — e forse, di per sé non l'ha mai costituita —. Appagata dalla sua vittoria sul sovrano, l'aristocrazia si dichiara in genere disposta a pagare in misura eguale agli altri sudditi <sup>(82)</sup>.

Resta la questione degli altri privilegi sociali spettanti alla nobiltà ed al clero — di tutte quelle posizioni soggettive, cioè,

<sup>(80)</sup> Cfr. sul punto FURET, *Critica della Rivoluzione francese*, cit., pp. 49-50.

<sup>(81)</sup> Su questi elementi di continuità nella tradizione politica francese si cfr. per tutti il magistrale lavoro di D. RICHEL, *Autour des origines idéologiques lointaines de la Révolution française: élites et despotisme*, in *Annales E.S.C.*, XXIV (1969). Un bilancio sul dibattito attorno al tema dell'*élite*, della sua struttura e delle sue componenti nelle pagine introduttive al volume antologico *La società francese e la Rivoluzione*, a cura di C. CAPRA, Bologna, 1982 (pp. 23-28).

<sup>(82)</sup> Sempre che tale innovazione venga presentata come una sua rinuncia graziosa, e non come un'imposizione del sovrano (J. EGRET, *La pré-révolution française, 1787-1788*, Paris, 1962, p. 330 ss.).

« oneros[e] o umilianti per la massima parte dei cittadini, e spesso oneros[e] insieme e umilianti » <sup>(83)</sup> in cui i giuristi dell'epoca identificano il *complexum feudale*. Manzoni, certo, si sbarazza con sorprendente disinvoltura delle difficoltà correlative, dichiarando che « la Nobiltà e il Clero ... furono per la Rivoluzione due piccoli ostacoli e due gran pretesti » <sup>(84)</sup>: non fu forse quella nobiltà stessa che tanti scrittori rappresentano rapacemente artigliata alle proprie prerogative a proporre spontaneamente, il 4 agosto, una abolizione totale <sup>(85)</sup>? L'argomento, oggi, ci fa a dir poco sorridere, tanto è evidente che la nobiltà del 4 agosto, proprio per il fatto di aver superato ormai le colonne d'Ercole dell'inizio della Rivoluzione, non può più essere confrontata, nei suoi comportamenti e nelle sue strategie, con la nobiltà della primavera.

Pure, l'intuizione che sta dietro a questo atteggiamento in apparenza assai superficiale non è del tutto peregrina. Manzoni è convinto, cioè, che lo scopo essenziale della Rivoluzione non sia quello di creare una società 'di eguali', ovvero una società 'borghese', come tutta la storiografia liberale tende ad accreditare. Questa tesi è oggi sempre più minoritaria, da quando si è accertato che la borghesia rivoluzionaria non aveva nessuno dei caratteri di una classe capitalistica, e sul piano economico era cointeressata quasi quanto la nobiltà ed il clero alla sopravvivenza di un 'regime feudale' di cui profittava largamente acquistando diritti signorili o ricevendone in appalto la riscossione <sup>(86)</sup>. La lotta per l'abolizione dei privilegi, quindi, non si giustifica nei termini di un conflitto di classe — nè d'altra parte la soppressione di questi vecchi ruderi (significativi, ma non certo portanti nella struttura economica dell'antico regime) può essere contrabbandata seriamente come la fondazione di una società

---

<sup>(83)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 323.

<sup>(84)</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>(85)</sup> *Ibidem*, pp. 526-527.

<sup>(86)</sup> Sul concetto di 'rivoluzione borghese' la discussione, com'è noto, è ancora aperta: per una panoramica sul tema cfr. per tutti V. VIDOTTO, *Il recente dibattito storiografico sulla Rivoluzione francese*, in AA.VV., *La Rivoluzione francese, problemi storici e metodologici*, Milano, 1979, mentre, per la posizione indicata nel testo, R. ZAPPERI, *Per la critica del concetto di Rivoluzione borghese*, Bari, 1974.

nuova, secondo la presentazione che i rivoluzionari stessi furono invece i primi ad offrire <sup>(87)</sup> —.

In realtà, il privilegio è combattuto soprattutto, come ha ben dimostrato Daniel Richet <sup>(88)</sup>, perchè è il segno distintivo di un modello di *élite* politica ormai vetusto, che si vuol vedere rinnovato. Contro la sostanza dei diritti signoriali si scagliano semmai i contadini, nei loro *cahiers* come nelle loro manifestazioni di furore collettivo, non certo il terzo stato. Ad esso il privilegio è odioso essenzialmente perchè 'chiude' troppo presto l'*élite* destinata a contrapporsi dialetticamente al sovrano, lasciandone fuori tutto uno strato sociale che in virtù della propria ricchezza, dei propri talenti, della propria cultura intimamente aristocratica se ne sente ormai parte a tutti gli effetti. Alta borghesia e nobiltà hanno condotto insieme la grande battaglia contro l'assolutismo degli anni '87-88 sulla base della tacita intesa che una volta ottenuta la vittoria le spoglie saranno godute in comune accordo. Fino alla fine dell'estate dell' '88 non vi sono seri segni di frattura nel grande schieramento antimonarchico: tutto cambia improvvisamente quando, il 25 settembre, il Parlamento di Parigi decide di esigere che gli stati generali convocati il mese prima dal Re votino per ordine, come nel 1614, e non per testa, come sembrava naturale all'opinione pubblica. La vecchia *élite*, dopo aver atteso per secoli la sua rivincita sull'assolutismo, allo scoccare della grande ora non vuole più spartire con nessuno l'enorme gioia della festa, e chiude la porta in faccia ai borghesi 'rampant'. È solo a questo punto che si scatena, da un giorno all'altro, quella presunta 'lotta di classe' tra il Terzo e la nobiltà di cui nessun indizio si poteva scorgere fino a ieri <sup>(89)</sup>; ed è solo a questo punto che viene posto con forza il problema dei privilegi nobiliari, la cui prepotente emersione non è altro che la faccia rovescia della rivendicazione politica del voto per testa. Al conflitto tradizionale tra società e monarca, che resta l'asse portante della

---

<sup>(87)</sup> In questo senso, appunto, il noto intervento di Cobban del 1954 (*The myth of the French Revolution*, ed. cit., p. 90).

<sup>(88)</sup> *Élites et despotisme*, cit.

<sup>(89)</sup> Realtà ben riconosciuta da G. LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, trad. it. di A. GALANTE GARRONE, Torino, 1975 (1ª ed. fr. Paris, 1939), pp. 49-50, ed ampiamente verificata da EGRET, *La pré-révolution française*, cit., p. 351 ss.

dialettica politica, si aggiunge a questo punto — ma solo come una sua diramazione — l'impreveduto conflitto tra nobiltà e terzo stato, che ha come posta il disegno dei contorni della futura *élite*.

Le correnti maggiori della storiografia ottocentesca conducevano indubbiamente assai lontano, come abbiamo visto, da ricostruzioni di questo tipo. Presentando il « *despotisme royal* » come la manifestazione suprema dell'oppressione feudale e nobiliare, Thiers ed i suoi epigoni indicavano nell'attacco sferrato dal Terzo contro il potere politico un semplice momento del suo generale attacco contro il mondo del privilegio: la rivoluzione per la 'libertà' non era per loro che il profilo politico della rivoluzione per l'eguaglianza sociale.

Non mancano, però, anche in campo liberale voci parzialmente dissonanti, a cominciare proprio da quelle *Considérations* di M.me de Staël che Manzoni ha continuamente sotto gli occhi, e che, se per un verso costituiscono il punto d'inizio della futura storiografia 'classica' ottocentesca, se ne allontanano decisamente in quest'idea centrale: che la lotta 'sociale' degli stati tra loro sia un episodio secondario rispetto alla tradizionale lotta 'politica' che essi conducono contro il monarca assoluto per vedersi riconoscere un loro ruolo di governo <sup>(90)</sup>.

Spogliata dai suoi addobbi romantici, e filtrata attraverso un intelletto disincantato, questa prospettiva può condurre anche a vedere nella Rivoluzione una pura e semplice lotta per il potere, non più riscattata e giustificata idelamente dall'esigenza di rifondare una società davvero diversa. E di questa lettura Manzoni troverà appunto una magnifica conferma nel libro di Poncins, dal quale — a torto o a ragione — emerge una Francia tutt'altro che dilaniata dai conflitti sociali, in cui anzi i punti di contrasto tra

---

<sup>(90)</sup> Le pagine d'apertura delle *Considérations* propongono in effetti un breve profilo della storia della Francia moderna presentata tutta come un continuo tentativo della società di scrollarsi di dosso il giogo insopportabile della monarchia assoluta, condotto ora dai signori feudali, ora dai protestanti, ora dai Parlamenti. Non a caso l'autrice guarda con relativa comprensione alla rivolta parlamentare e ne sottolinea gli elementi di continuità rispetto alla rivoluzione del Terzo.

le classi sono di gran lunga meno rilevanti di una corale e profonda volontà di rinnovamento <sup>(91)</sup>.

Proprio per questo, fino all'apertura degli stati, niente lascia intravedere ancora che la rivendicazione si orienterà verso modelli politici completamente nuovi rispetto a quelli tradizionali. « A la veille de la révolution qui doit renverser le trône au nom du nouveau régime, la France ne croit pas l'avènement de ce régime possible sans l'appui du trône » <sup>(92)</sup>. La « libertà » che ora si richiede è in fondo ancora quella di matrice liberal-aristocratica prefigurata da Boulainvilliers e da Montesquieu, anche se allargata dall'*élite* del sangue a quella dei lumi.

« Il terzo stato è tutto », proclama spavalda la propaganda antiaristocratica dell' '89; ma esso, fino alla convocazione degli stati, come nota Manzoni, non ha chiesto che di essere riconosciuto come « qualche cosa » all'interno di un antico edificio politico da cui nè l'aristocrazia, nè la corona potranno mai essere esclusi <sup>(93)</sup>. Il Terzo chiede che sia rivista la struttura della società

<sup>(91)</sup> L'analisi di Poncins risulta macroscopicamente viziata dalla pretesa di estrarre una conclusione generale (sostanziale unanimità di tutto quanto il popolo francese nel richiedere riforme d'interesse comune) dall'esame di una parte soltanto dei *cahiers*, quelli dei grandi baliaggi, in cui venivano sintetizzati i *cahiers* delle parrocchie e delle corporazioni urbane. Egli si limita in realtà a considerare soltanto le rivendicazioni delle *élites*. Inoltre, la sua lettura è certo troppo sbrigativa nel presentare una nobiltà già disposta a rinunciare a tutti i suoi privilegi a contenuto economico, contentandosi di conservare soltanto i diritti onorifici, fino a sostenere che lo stesso voto per ordine non costituisce la posta di una battaglia capitale per il potere, ma « demeure donc pour elle une question d'amour propre survivant à un sacrifice librement consenti » (*Les cahiers*, cit., p. 285).

Al di là di queste deformazioni, però, il libro conserva un suo significato nel sottolineare come l'*élite* dell' '89 si 'vedesse' molto più omogenea di quanto gli storici della rottura avessero voluto fino a quel momento accreditare. La tensione tra i ceti naturalmente esiste, a differenza di ciò che conclude Poncins, ma non nasce tanto da un diverso progetto di distribuzione della ricchezza e di rapporti economici, quanto da una diversa immagine di gerarchia sociale e di partecipazione al potere all'interno dell'ordine tradizionale.

<sup>(92)</sup> PONCINS, *Les cahiers*, cit., p. 290.

<sup>(93)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 361. Merita di essere ricordata a questo proposito una significativa glossa manzoniana all'opera di Thiers, che dietro all'apparenza di una correzione puramente filologica ci offre un segnale di come Man-

di ordini non per eliminare la vecchia nobiltà, ma per potersi sedere al suo stesso tavolo ora che il sovrano chiama accanto a sè la società emergente.

In tutto questo, secondo Manzoni, non vi è ancora niente di veramente rivoluzionario, perchè l'autorità della Corona, su cui si regge tutta la struttura ordinamentale, non è messa in discussione, ma semplicemente assoggettata ad una serie di limiti e di controlli esterni a cui la costituzione tradizionale non è affatto refrattaria. Il Re, presentato da tutta la pubblicistica 'ufficiale' — quella dei Domat, dei Fleury e dei Moreau — come il monarca di un popolo libero, e non come il « despote » di una nazione asservita <sup>(94)</sup>, sa bene che il suo potere, per il fatto stesso di derivare da un vincolo pattizio con la sua società, deve essere

zioni intendesse i rapporti tra le dottrine politiche del Settecento e quelle maturate invece a partire dal giugno dell' '89. Nel suo libro, Thiers aveva parafrasato in modo scorretto il celebre grido di battaglia di Sieyès, tradito forse non tanto dalla memoria quanto dalla stessa impalcatura ideologica del suo discorso: « Qu'est-ce que le Tiers État? — si sarebbe domandato l'Abate secondo Thiers — Et il repondit: Rien — Que doit-il-êre? ... Tout ». Il postillatore ricorda invece come la « véritable citation de l'Abbé Sieyès » sia assai diversa: « Qu'est-ce que le Tiers État? Tout. Que demande-t-il à êre? Quelque chose » (cfr. LESCA, *Postille inedite di A. Manzoni a storici della Rivoluzione francese*, cit., p. 363). Manzoni, quindi, sembra proporre un'interpretazione 'evolutiva' del primo pensiero di Sieyès, negando quella sostanziale omogeneità tra il *Tiers Etat* (pubblicato nel gennaio dell' '89) e le sue tesi di giugno sulla sovranità dell'Assemblea nazionale, che determineranno la rottura definitiva con gli altri due stati e il giuramento della Pallacorda. Mentre secondo la totalità della storiografia sia otto che novecentesca il famoso opuscolo di Sieyès contiene una dottrina già compiutamente rivoluzionaria, tutt'al più appena un po' smussata per motivi di ordine tattico (TAINE, *L'ancien régime*, cit., p. 423; LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, cit., p. 52), Manzoni lo iscrive, al di là delle sue violenze verbali, in un contesto ideologico-politico che è ancora quello dell'antica costituzione: osservazione che ci riporta ad alcuni rilievi della storiografia revisionista attuale, la quale ha rilevato appunto che la violentissima offensiva contro il mondo del privilegio legale non si risolve affatto, nella polemica immediatamente prerivoluzionaria, in una messa in discussione del primato sociale della nobiltà: l'obbiettivo degli uomini dell' '89 è quello di costituire un'« élite ouverte, acceptant les préséances de la noblesse, mais intégrant la propriété, la fortune et les talents » (RICHER, *Élites et despotisme*, cit., p. 13).

<sup>(94)</sup> Cfr. per tutti R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, t. I, Paris, 1974, pp. 514-515.

usato ragionevolmente, nel rispetto di tutte le 'libertà' del corpo sociale. La richiesta, perciò, di garantire il contenuto di questo patto attraverso certi meccanismi di controllo sociale, cioè una 'costituzione rappresentativa', costituisce una clamorosa rottura rispetto alla prassi politica dell'assolutismo, ma non concretizza ancora, di per sè, alcuna 'rivoluzione' <sup>(95)</sup>.

Il grande passo si compie nel momento in cui il Terzo, rotti gli indugi del primo mese e mezzo, si costituisce in Assemblea nazionale, dichiarandosi *esso stesso* sovrano — pur senza averne sul momento una chiara consapevolezza — nella sala della Pallacorda, e trova una conferma definitiva nella sua aperta disubbidienza alla solenne ingiunzione del Re del 23 giugno. Tutto il discorso costruito da Manzoni nei primi quattro capitoli dal saggio mira a provocare l'indignazione del lettore nei confronti di questi due atti fondamentali, che nella sequenza di eventi da lui esposta si qualificano come assolutamente gratuiti, privi di alcuna ragionevole causa finale.

Per ottenere questo effetto, egli finisce per sfumare parecchio i limiti obbiettivi del programma di riforma esposto dal Re agli Stati il 23 giugno, quando la Corte si rese finalmente conto che solo facendo delle concessioni si sarebbe potuto far 'rientrare' la rivolta del Terzo. Manzoni non sottace le pesanti ed impolitiche 'tarpature' a cui il progetto originario, formulato da Necker, era stato poi sottoposto dall'ala conservatrice dei ministri e consiglieri del sovrano, condotta da Barentin (mantenimento scrupoloso del voto per ordine; rifiuto di introdurre in maniera imperativa l'eguaglianza fiscale, e subordinazione della riforma ad una rinuncia spontanea da parte dei primi due ordini, secondo la costituzione tradizionale; mantenimento delle discriminazioni nell'accesso agli impieghi civili e militari; soprattutto, infine, cassazione esplicita e solenne degli atti compiuti dall'Assemblea a partire dal 17 giugno in poi). Tuttavia, segnalando le pur ancora rilevanti riforme contenute nel programma, attinenti soprattutto alla limitazione del potere assoluto ed alla garanzia delle libertà

---

<sup>(95)</sup> In questo senso si cfr. le osservazioni di FURET, *Critica della Rivoluzione francese*, p. 51.

civili, egli indica in questo documento un'utile base di partenza per sviluppare una politica autenticamente progressista <sup>(96)</sup>; e più che altro considera una mera « illusione » « quella di credere che delle espressioni più temperate, qualche prescrizione di meno e qualche concessione di più potessero muovere i Comuni a sottomettersi ad un comando il quale, di sovrani che si erano fatti, li faceva calare alla condizione di cittadini, e di cittadini tenuti a segno; e ciò quando avevano tutt'altro che una viva persuasione della fermezza del re nel far eseguire ad ogni costo la sua volontà » <sup>(97)</sup>.

Il problema, ormai, non è più quello delle riforme o della partecipazione al governo, ma è divenuto tutt'a un tratto quello della titolarità del potere. A differenza di ciò che ritiene tutta la storiografia 'classica', la circostanza che i deputati siano rimasti delusi dai contenuti del programma del Re non è ancora sufficiente a spiegare come essi abbiano potuto disobbedire al suo ordine di rientrare subito nella vecchia legalità, e più ancora a dar conto di come essi abbiano potuto concepire l'idea di sostituire un nuovo principio di legittimazione politica a quello tradizionale. La vera questione da comprendere non riguarda tanto le spinte 'esterne' che hanno indotto i deputati a violare l'antico diritto, quanto l'origine di quella loro particolare convinzione di sentirsi legittimati a farlo. Tutto il discorso sulle 'cause' finisce per distrarre l'attenzione dall'essenza del fenomeno rivoluzionario,

---

<sup>(96)</sup> Si noti, tuttavia, che Manzoni, nella sua esposizione estremamente analitica dei vari punti del programma reale, tralascia di menzionare l'articolo in cui si confermano, con puntigliosa completezza, tutte le varie « propriétés » di carattere feudale di cui molti *cahiers* del Terzo avevano chiesto la soppressione. È ovvio che non si tratta di una dimenticanza, ma di una obbiettiva alterazione della realtà storica (l'impoliticità di questo punto del programma essendo sottolineata da ambedue gli storici di cui principalmente Manzoni si serve per redigere questa parte del suo lavoro: Jacques Necker (*De la Révolution française*, Paris, 1796, vol. I, p. 251) ed il già citato Droz (*Histoire du Règne de Louis XVI*, p. 268). Palese, infine, nella sua ricostruzione degli eventi del 23, la sua profonda antipatia per il vanaglorioso Necker, il quale, rifiutandosi di partecipare alla seduta reale per timore di perdere la sua popolarità col dare il proprio appoggio ad un programma conservatore, priva il monarca del suo aiuto appunto nel momento di maggior bisogno.

<sup>(97)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 383.

cioè dalla formazione di quel tipo di mentalità collettiva — senza precedenti prima del 1789 — che, considerando privo di validità l'ordinamento vigente, non solo non se ne sente vincolata, ma crede di doverlo sostituire ponendo una nuova 'norma fondamentale'. Venuta meno la credenza nell'obbligatorietà delle norme giuridiche, le cause 'esterne' che agiscono sui soggetti orientandone i comportamenti acquistano la capacità di produrre effetti inusuali rispetto ad una situazione 'normale', in cui il diritto inibisce ed uniforma le condotte degli uomini. La rivoluzione, in altre parole, per quanto si presenti come un fatto 'enorme' (in quanto consistente in un sovvertimento totale dell'ordinamento giuridico) non richiede per forza di esser prodotta da contraddizioni strutturali gigantesche e potenzialmente insolubili in qualsiasi altra maniera: il fatto che il Re non si sia dimostrato in grado di arbitrare i conflitti sociali tra gli stati, non è necessariamente un effetto della loro straordinaria gravità, ma può esser dipeso altrettanto bene dalla sua stessa debolezza.

La verità è che la causa prima di ogni rivoluzione è sempre la perdita di efficacia di un certo ordinamento — evento che precede la nascita della mentalità rivoluzionaria, e ne provoca l'emersione col suo più o meno improvviso rivelarsi. Manzoni ha sicuramente 'barato' presentandoci una rivoluzione senza cause (ammesso di voler conservare questa nozione ormai da troppo tempo controversa); in ogni caso, avrebbe dovuto riservare uno spazio adeguato alla crisi dell'autorità monarchica — un fatto, questo, però, che egli si rifiuta pervicacemente di ammettere, come contrario al suo *thema demonstrandum* —. Ma ha colto benissimo, tuttavia, l'essenza del fenomeno rivoluzionario, che, indipendentemente da tutti i più specifici obbiettivi delle forze in campo consiste sempre nel prender coscienza della vacanza del potere, e nell'impadronirsene. « Ho citato spesso e avrò a citare ancora il Bailly, non solo come un testimonio autorevole di ciò che accadeva nella Assemblea, ma anche come interprete e partecipe del suo spirito. Ed ecco un passo delle sue Memorie che fa molto bene al proposito presente: « Un ministro mi diceva qualche giorno dopo: Come mai non si è contenti? Se il re avesse fatta dieci anni sono una simile dichiarazione (quella cioè del 23 giugno), non sarebbe forse stata accolta con entusiasmo?

— Sicuro, dieci anni fa —. Che vuol dunque l'Assemblea? — Vuol fare, e non che facciate voi — » <sup>(98)</sup>.

Certamente la presa di potere del Terzo non fu così fine a sè stessa come Manzoni suggerisce. La sua posizione, comunque, costituisce un efficace antidoto rispetto a quella opposta, condivisa da tutta la storiografia 'classica', secondo la quale la rivoluzione politica non può che essere l'indice rivelatore di una grandiosa rivoluzione sociale. I deputati del Terzo — questo il nucleo duro del discorso manzoniano — si limitarono ad accorgersi improvvisamente che quel potere politico da sempre collocato in una sfera totalmente inattuabile, era lì, disponibile per chiunque avesse il coraggio di impossessarsene; dimentichi allora degli scopi per i quali erano stati eletti, ed incuranti delle conseguenze che il loro gesto avrebbe potuto produrre, si chinarono a raccogliarlo, consumando così una rivoluzione a cui fino ad allora nessuno aveva pensato, neppure loro stessi.

La critica del saggio si arresta a questo livello, paga di aver così dimostrato il carattere intimamente gratuito della Rivoluzione. Ciò facendo, però, essa scopre veramente il fianco alle accuse di moralismo che le sono state non a torto rivolte, giacchè individua tutta la responsabilità dell'evento rivoluzionario in quell'istinto appropriativo a cui i delegati del Terzo — uomini deboli, e succubi alle tentazioni del potere — non hanno saputo resistere. Il tentativo di comprensione storica cede così il posto ad un'antropologia astratta, caratterizzata dal solito segno pessimistico comune a tante altre pagine manzoniane — tra le quali, in particolare, balzano davanti quelle della *Colonna infame*; là la paura, qua il miraggio improvviso di un'inimmaginabile scalata al successo e alla fama, spingono i protagonisti a dimenticare i loro doveri istituzionali, ed a compiere due atti egualmente riprovevoli, per cercare subito dopo un alibi in seno all'opinione collettiva.

Giunto a questo punto, invece, Manzoni avrebbe dovuto avere la coerenza di spingere fino in fondo la sua analisi storica. La monarchia francese era, sul piano giuridico, un'istituzione millenaria, avvolta in un'aura di vera sacralità, e fatta per durare

---

<sup>(98)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 416.

in eterno: l'idea che un giorno essa potesse 'finire' non faceva parte del patrimonio culturale di un uomo dell'antico regime, pur 'illuminato' quanto si vuole. I Parlamenti stessi, che si erano ribellati apertamente al Re un anno prima, lo avevano fatto proprio in nome dell'antica costituzione del Regno, che a loro giudizio il sovrano aveva violato. Il terzo stato aveva compiuto invece qualcosa di ben diverso: pur ribadendo il proprio lealismo nei confronti del principe, lo aveva con piena consapevolezza spodestato proclamando la sovranità della nazione al posto della sua; egli avrebbe potuto continuare a regnare solo nei limiti della nuova Costituzione, che l'Assemblea stessa si accinse a redigere con libertà sovrana a partire dall'8 di luglio.

Com'è stato possibile, allora, che nell'arco di poche settimane si sia verificato un così radicale cambiamento di mentalità, sia nell'*élite* come poi nelle masse? Da dove è nata la coscienza rivoluzionaria del terzo stato? Da dove viene il concetto contemporaneo di 'rivoluzione'? Queste domande, la prevalente storiografia liberale può meglio permettersi di eluderle, giacchè ha già scelto di spiegare i comportamenti politici come degli epifenomeni rispetto ad altre variabili indipendenti (interessi sociali delle nuove classi emergenti), la cui capacità motivante viene considerata implicitamente come assoluta rispetto a qualsiasi ostacolo, timore reverenziale o *idée reçue*. Ma nel caso di Manzoni, per il quale la rivoluzione non rinvia realmente a *nient'altro* fuori che a sè, la loro risposta non può essere rinviata.

Essa si trova già formulata, in realtà, in altri precedenti interventi manzoniani sul tema, che pur nella loro occasionalità soccorrono ad integrare validamente le lacune del saggio. Pensiamo soprattutto ad alcune, del resto assai note, pagine della *Morale cattolica* e del dialogo *Dell'invenzione* in cui si esaminano le categorie fondamentali del pensiero settecentesco.

Pur scorrendo su binari senza dubbio tradizionali — quelli che riconnettono le origini della Rivoluzione alla filosofia illuminista: tema su cui tutta la storiografia ottocentesca, di qualsiasi tendenza, si trova concorde — il discorso di Manzoni è più articolato di quello di molti suoi contemporanei. Sia la 'destra' che la 'sinistra', infatti, nel momento di imputare ai 'filosofi' la colpa o il merito di aver preparato la Rivoluzione, concordano

nel ritenere che siano stati *i contenuti* del loro pensiero a spingere verso la crisi, proponendo una serie di valori e di modelli sociali e politici assolutamente incompatibili con l'universo dell'antico regime <sup>(99)</sup>. Il conflitto si pone di nuovo come una lotta tra due tipi di società apertamente contrapposti, l'uno fedele alla tradizione, e l'altro, ferocemente polemico nei confronti del primo, già proiettato verso la rottura di fine secolo.

Per Manzoni, al contrario, la responsabilità della filosofia non sta nell'aver segnalato le contraddizioni effettive da cui l'ordine reale non andava certo esente, ma nell'aver prodotto più o meno inconsapevolmente la credenza che potesse esistere, tra ordine reale e ordine ideale, una contraddizione *insuperabile* e *globale*.

A differenza di molti nostalgici cattolici dello scorso ed anche del presente secolo, Manzoni non si faceva alcuna illusione sul carattere profondamente disumano del cosmo sociale d'antico regime, come il suo romanzo denuncia fin troppo chiaramente. Al posto delle idilliache società 'organiche' di Maistre o di Cochin, egli ci ha lasciato l'immagine di un mondo caotico e selvaggio, che assurge splendidamente a paradigma del suo pessimismo esistenziale. Viceversa — e senza voler affrontare la *vexata quaestio* dell' 'illuminismo' manzoniano — è indubbio il suo apprezzamento incondizionato per tutti i grandi traguardi civili raggiunti dalla battaglia illuminista — dalla conquista della certezza del diritto alla valorizzazione della scienza economica, dalle nuove ideologie penalistiche al trionfo della tolleranza — <sup>(100)</sup>.

Pure, nelle pagine del capitolo III delle *Osservazioni*, egli stigmatizza duramente il grande dualismo tra « filosofia morale

---

<sup>(99)</sup> Tra gli altri, a titolo esemplificativo: una nuova struttura della società costituita da individui-titolari-di-diritti-eguali e non più da gruppi titolari di privilegi e di 'libertà'; una netta cesura tra pubblico e privato, tra Stato e società; una assoluta omogeneizzazione giuridica dello spazio sociale, sia dal punto di vista privatistico che da quello dei moduli d'amministrazione; un indiscusso primato attribuito all'istituto della proprietà privata nell'ambito delle forme di godimento dei beni, ed un parimenti indiscusso primato all'istituto del contratto nell'ambito delle forme di rapporto giuridico tra i soggetti; una rifondazione delle categorie politiche fondata sul concetto di sovranità popolare, e così via.

<sup>(100)</sup> Cfr. da ultimo, per una ricognizione su questi temi, M. A. CATTANEO, *L'illuminismo giuridico di Alessandro Manzoni*, Sassari, 1985.

e teologia», su cui l'illuminismo ha costruito tutto il proprio edificio (101), e, sostenendone l'incongruenza e l'intima illogicità (102), ripropone con forza l'idea di un universo integralista, in cui morale e religione coincidano, e tutti i valori siano inquadrati nell'ambito di uno stesso sistema unitario. Si tratta, com'è chiaro, dell'architettura concettuale tipica del mondo d'antico regime; il cui assoluto monismo esclude alla radice la pensabilità di una 'rivoluzione' (non esistendo alcun valore 'esterno' rispetto all'ordine dato, è impossibile contrapporre un diverso criterio di legittimazione a quello positivamente vigente, che è solidamente incardinato nell'unico sistema possibile).

La grande novità formale del pensiero settecentesco francese fu che esso non si limitò a proporre una revisione dei valori tradizionali *dall'interno* dell'antico edificio, ma che elaborò, su di un piano apparentemente non interferente rispetto a quello dei valori ufficiali, un intero sistema alternativo di filosofia pratica — quello dei «jugements et sentiments humains» (103), fondato cioè sulla costituzione naturale dell'uomo e non più sulla trascendenza. «La religione cattolica — spiega Manzoni — era allora in Francia

(101) E che Sismondi aveva dato ormai come pacificamente acquisito nella sua *Histoire des Républiques italiennes au Moyen Age* con cui Manzoni invece polemizza duramente nel suo scritto, controbattendone punto per punto tutte le tesi di fondo.

(102) «Di che tratta la filosofia morale? Del dovere in genere e de' vari doveri in particolare; della virtù e del vizio; della relazione dell'una e dell'altro con la felicità o l'infelicità; vuole insomma dirigere la nostra volontà e negli intenti e, conseguentemente, nelle deliberazioni. E la morale teologica ha forse altro scopo? può averlo? Se dunque hanno per oggetto lo stesso ordine di verità, per applicarle, nella pratica, allo stesso ordine di fatti, come saranno due scienze diverse? ... È evidente che non si può prescindere dal Vangelo nelle questioni morali: bisogna o rigettarlo, o metterlo a fondamento» (*Osservazioni sulla Morale cattolica*, in *Tutte le Opere*, vol. III, *Opere morali e filosofiche*, Milano, 1963, a cura di F. GHISALBERTI, p. 23).

(103) L'espressione è ricavata da Manzoni da un passo di Pierre Nicole (*Danger des entretiens des hommes*, parte prima, cap. V: «Que l'on se trompe soi-même si l'on pense éviter le danger du langage de la concupiscence, en disant qu'on parle des choses humainement», in *Essais de morale*, Luxembourg, 1708<sup>s</sup>, vol. II, p. 53); e da Nicole è pure mutuata l'intelaiatura della sua tesi, che cioè nello spazio occupato dalla filosofia morale non possano esistere *due* sistemi di valori, autonomi tra loro.

sostenuta dalla forza. Ora per una legge che durerà *quanto il mondo lontana*, la forza fa nascere l'astuzia per combatterla; e quegli scrittori che desideravano abbattere la religione senza compromettersi, non dicevano che fosse falsa, ma cercavano di stabilire de' principi incompatibili con essa, e sostenevano che questi principi ne erano indipendenti. Non s'arrischiando di demolire pubblicamente l'edifizio del Cristianesimo, gl'innalzavano accanto un altro edifizio che, secondo loro, doveva farlo cadere » (104).

Il risultato di questa critica 'segreta', o comunque disimpegnata, 'da salotto', è che nel corso del Settecento l'assolutezza della regola morale e giuridica viene ad essere lentamente scalzata, pur rimanendo intatta sul piano formale; un nuovo criterio di legittimazione del potere si consolida accanto a quello tradizionale, ed è già potenzialmente pronto a prenderne il posto. Non solo: ma l'economia stessa della nuova filosofia antropocentrica, che è poi quella della morale utilitaristica, si fonda su una dialettica interna appositamente predisposta per distruggere qualsiasi tipo di norma. Mirabeau — ricorda Manzoni — ne sintetizzava l'essenza nel celebre motto di sapore elveziano « *la petite morale tue la grande* » (105): il che significa, appunto, che ogni norma positiva — essendo meramente strumentale rispetto al conseguimento della felicità del maggior numero — può essere legittimamente violata in virtù del principio supremo dell'utilità comune; del quale, d'altra parte, ognuno tende fatalmente a costruirsi un'idea di comodo, per poi erigerla in regola universale.

L'esito potenzialmente anarchico di questa logica è evidente; e Manzoni lo coglie perfettamente quando rileva che essa fa « della trasgressione un atto sapiente, della violazione del diritto un'opera bona » (106). L'unica strada per sottrarsi quindi al *bellum generale* è quella di conferire il potere solidalmente a tutti coloro che ne dovranno poi essere i destinatari; solo così infatti è possibile garantirsi che esso sarà veramente utilizzato per conseguire l'inte-

---

(104) *Osservazioni sulla morale cattolica*, ed. cit., p. 26.

(105) *Dell'invenzione - Dialogo*, ed. cit., p. 747.

(106) *Ibidem*. Una rilettura recente di queste pagine, ma esclusivamente sotto il profilo dei contenuti filosofico-morali, è stata proposta dal saggio di Dorri, *La critica storica e morale di A. Manzoni*, cit.

resse collettivo. Locke conduce allora direttamente a Rousseau; e Rousseau al miraggio di una rigenerazione totale conquistata attraverso l'auto-nomia — cioè, secondo Manzoni, alla dittatura di Robespierre <sup>(107)</sup>.

I differenti contenuti di questo pensiero hanno assai poca importanza. Il 'liberale' Montesquieu è posto da Manzoni accanto al 'materialista' Helvétius e al 'democrate' Rousseau — il quale ultimo, pur « così sdegnoso, in parole, d'assoggettarsi alla filosofia che dominava il suo tempo », non si accorge di essere in realtà un sensista come gli altri <sup>(108)</sup>. Una volta scelto di costruire su principi autonomi dalla morale tradizionale, ciò che conta non sono le proposizioni costitutive del sistema — che anzi si sforzano disperatamente di ricalcare i vecchi precetti della morale teologica —, ma semplicemente il fatto che essi forniscono una *alternativa* rispetto ai fondamenti culturali dell'antica società, fino a produrre, nella loro tendenza alla completezza, un proprio inferno e un proprio paradiso.

Non è qui il caso di soffermarci sulle derivazioni culturali di questi temi (evidenti — quando non esplicite — le eco rosminiane <sup>(109)</sup>, che si fondono con motivi in parte comuni a tutto il liberalismo della Restaurazione) <sup>(110)</sup>, nè tantomeno sul discorso

<sup>(107)</sup> La riproposizione dell'invero assai trito nesso Robespierre-Rousseau si trova ancora in *Dell'invenzione, lcc. ult. cit.*, e si pone come il naturale complemento della continuità Locke-Helvétius abbozzata nelle *Osservazioni* (p. 27 n.).

<sup>(108)</sup> *Dell'invenzione*, p. 746; Rousseau pone infatti alla base dei suoi sistemi sia pedagogici che politici l'assioma fondamentale « che tutte le cognizioni e, per conseguenza, tutte le verità, nascono dalle sensazioni ».

<sup>(109)</sup> Cfr. soprattutto *Filosofia del diritto*, cit., p. 469, in cui però l'ostilità nei confronti del pensiero politico rivoluzionario e dei suoi fondamenti settecenteschi erompe in forme incomparabilmente più gravi di quelle adottate da Manzoni: la Rivoluzione, secondo Rosmini, fu avviata da quella « parte » presente in ogni società naturalmente predisposta al disordine ed alla violenza — « una parte inquieta, perchè straziata dai propri vizi, una parte empia, chiamata dalle scritture *i figliuoli degli uomini* ..., agitata da bisogno furente ... di sfogare la rabbia dentro ingrossata contro la verità, la religione, Cristo. Capitanarono questa canaglia i così detti filosofi, cioè i filosofi senza logica del secolo XVIII », che erano « dei sofisti, degli empî! Così la causa del progresso si trovò orribilmente involta in quella delle passioni popolari, atee, anarchiche ».

<sup>(110)</sup> Il tema delle matrici rousseauviane del totalitarismo giacobino, soprattutto, è un *topos* della cultura liberale (dal Sieyès dei dibattiti costituzionali del-

ideologico di cui essi fanno parte. Basta aver tratto un'indicazione per integrare la lacuna del saggio: l'*élite* del terzo stato, nella propria coscienza, è già rivoluzionaria da moltissimo tempo — da quando, cioè, ha cominciato a ritagliarsi un universo politico immaginario. Essa aspetta soltanto, più o meno inconsapevolmente, un'occasione favorevole per sostituirlo in blocco a quello reale, da cui l'assolutismo l'ha esclusa: e tale straordinaria opportunità le fu offerta appunto dalla convocazione degli stati generali. All'apertura degli stati, beninteso, non c'è ancora un programma dichiaratamente rivoluzionario, proprio perchè la critica al sistema vigente si è svolta tutta su di un piano non collidente rispetto ad esso; ma la nuova classe dirigente, avendo già da gran tempo dissacrato intimamente il potere tradizionale, è ora pronta ad accorgersi d'un tratto che niente osta alla sua rimozione.

Manzoni conclude, così, la prima metà del saggio. Di fronte alla compatta resistenza del Terzo, il Re capitola: con la morte nel cuore, il 27 invita la nobiltà ed il clero ad unirsi ad esso, e riconosce l'Assemblea nazionale: la rivoluzione dei lumi si è compiuta, incruenta ed agevole come tutto il XVIII secolo aveva segretamente sperato. Manzoni ha trascurato del tutto, è vero, l'elemento forse più importante del dramma di giugno, cioè la profonda crisi di credibilità in cui si dibatte il sovrano assoluto dopo la rivolta aristocratica, e che ha moltiplicato i suoi effetti a seguito della convocazione degli stati. Senza tener conto di questo, il facile trionfo del Terzo diventa incomprendibile. Ma è anche vero che ciò non implica ancora la risoluzione della crisi attraverso un comportamento di tipo rivoluzionario, che anzi, per la sua assoluta novità storica, ne constitui l'esito più impreveduto.

5. I primi quattro capitoli del saggio manzoniano sono stati interamente dedicati a soddisfare alla domanda canonica: *perchè* la Rivoluzione? I successivi sette (che arrivano ai primi di settembre, fino a veder impegnata l'Assemblea sulla questione del *veto royal*) sono destinati a rispondere al secondo grande interro-

---

l'anno III al Constant del *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, ai *doctrinaires* della monarchia di luglio: per tutti cfr. J. ROUSSEL, *Jean Jacques Rousseau en France après la Révolution (1795-1850)*, Paris, 1972).

gativo che si pone ad ogni storico del fenomeno rivoluzionario: cos'è che *prolunga nel tempo* la Rivoluzione?

Se essa infatti consiste nell'abbattere un ordinamento giuridico per sostituirvene un altro <sup>(111)</sup>, dovrebbe presentarsi come un evento cronologicamente puntuale, che si esaurisce nel cambiare la 'norma fondamentale', quella che assegna la titolarità del potere. Invece, è indubbio che la Rivoluzione si distende, storicamente, lungo un arco di tempo di cui è sempre stato difficile stabilire i confini esatti — le proposte per un termine *ad quem* sono numerose: 9 termidoro a. II, 18 brumaio a. VIII, 1815, 1848, consolidazione definitiva del sistema repubblicano sotto la Terza Repubblica <sup>(112)</sup> —, ma che comunque rivela la sua chiara tendenza a trasformarsi in una condizione permanente, in un 'processo rivoluzionario'.

Compito primario della storiografia di ogni tendenza è stato, fin dall'inizio, quello di dar conto di tale fenomeno.

Si può pensare che Manzoni, interrompendo la sua narrazione alla fine della prima estate della Rivoluzione, non abbia avuto in mano carte sufficienti per tentare una risposta adeguata, ma non è così. I primi quattro mesi della Rivoluzione rappresentano in realtà un banco di prova più che adeguato per costruire i parametri di una ipotesi, ed è anzi probabilmente per questo che Manzoni — il quale affronta il problema rivoluzionario in termini squisitamente concettuali, e non di conoscenza erudita — ha lasciato in tronco il suo studio, accorgendosi di avere già sostanzialmente raggiunto l'obbiettivo che si era prefisso.

È vero, piuttosto, che di solito la storiografia liberale tendeva a porsi la questione della 'durata' in modo diverso, considerando cioè tutto l' '89 come un blocco unitario e conferendogli natura puntiforme rispetto al resto della Rivoluzione, per poi chiedersi come mai il fenomeno rivoluzionario si fosse prolungato oltre i suoi obbiettivi 'naturali', nel corso degli anni seguenti. Manzoni, invece, muove dall'idea che già il breve periodo dal giugno all'agosto di quel primo anno debba essere apprezzato nella sua

---

<sup>(111)</sup> Mutuiamo questa definizione, d'impianto kelseniano, dall'opera di M. A. CATTANEO, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milano, 1960, p. 44, in cui viene offerta un'ampia panoramica storica sull'argomento.

<sup>(112)</sup> Cfr. ancora FURET, *Critica della Rivoluzione francese*, cit., p. 11.

dimensione diacronica; non solo, ma che esso costituisca una sorta di 'modello in scala' di tutta quanta la Rivoluzione. Compiendo questa scelta egli annuncia già i contenuti della sua risposta ad un quesito che comunque — ripetiamo — è strutturalmente il medesimo di tutti gli storici precedenti.

Prima ancora che a Thiers e a Mignet, il merito di aver sollevato il problema 'tempo' nell'analisi della Rivoluzione spetta ai due scrittori che Adolfo Omodeo <sup>(113)</sup> considera a ragione i primi, veri iniziatori della storiografia rivoluzionaria ottocentesca: M.me de Staël e Charles Bailleul.

L'autrice delle *Considérations* parte dal presupposto che la ragione storica della Rivoluzione, come già sopra si ricordava, fosse quella di far prevalere finalmente la libertà sul dispotismo, fondando quella monarchia costituzionale di modello inglese auspicata da suo padre e da tutto il gruppo degli 'anglomani'. In tale prospettiva, il protrarsi della Rivoluzione oltre l' '89-'90, quando cioè tali obbiettivi vennero sostanzialmente raggiunti, fu un fatto incongruo rispetto alle 'vere' cause del fenomeno rivoluzionario. La fine della monarchia costituzionale, le lotte spietate tra la Montagna e la Gironda e soprattutto il folle deflagrare del Terrore rappresentano una specie di parentesi dolorosa e gratuita rispetto al corso fisiologico degli eventi, che cominciano a rientrare nel loro alveo naturale soltanto col Direttorio. L'unica spiegazione possibile alle lotte fratricide del periodo '92-'94 è il riaccendersi improvviso e casuale del vecchio fanatismo religioso caratteristico dei precedenti periodi bui della storia francese <sup>(114)</sup>.

<sup>(113)</sup> A. OMODEO, *Gli inizi della storiografia della Rivoluzione francese*, in *Studi sull'età della Restaurazione*, Torino, 1970, p. 210 ss.

<sup>(114)</sup> « Si l'Assemblée constituante avoit joint à cette noble indifférence pour les attaques de ses adversaires, dont l'opinion publique la vengeoit, une juste sévérité contre tous les écrits et les rassemblemens qui provoquoient au desordre ... elle auroit gouverné avec tant d'énergie et de sagesse, que l'oeuvre des siècles se seroit accompli peut être en deux années. L'on ne peut s'empêcher de croire que la fatalité, qui doit punir en tout l'orgueil de l'homme, s'y est seule opposée: car tout sembloit facile alors, tant il y avoit d'union dans les esprits, et de bonheur dans les circonstances » (*Considérations*, t. I, p. 295). Il passo è accompagnato da una sarcastica postilla di Manzoni: « c'est dire que la méprise doit devenir la règle de la persuasion. Au reste, la fatalité qui doit punir, c'est du galimathias double ».

A questa tesi, il vecchio ex convenzionale Bailleul replicherà, in un suo celebre opuscolo <sup>(115)</sup>, che, pur avendo la Rivoluzione conseguito tutti i suoi più essenziali obbiettivi nell'arco del suo primo anno, essa fu costretta a proseguire ed a radicalizzarsi negli anni successivi per difendere quelle acquisizioni essenziali contro l'attacco reazionario esterno ed interno; ed in particolare che il Terrore stesso — per quanto esecrabile dal punto di vista ideologico ed umano: lo stesso Bailleul era stato una delle sue vittime, essendo stato incarcerato a lungo — dev'essere giustificato e compreso come risposta necessaria alla controrivoluzione. Non c'è dunque alcuna contraddizione storica reale tra la radiosa rivoluzione dei filosofi e la tragica epopea del Terrore; e il sangue che è stato versato non è scorso invano, perchè è tutto servito a conseguire una vittoria che l' '89 aveva appena prefigurato. Una tesi che, destinata ad un successo enorme nell'ambito di tutta la storiografia successiva di 'sinistra' (da Mignet a Michelet, da Blanc fino a Jaurès e agli storici novecenteschi), ha soprattutto il merito di dar conto della progressiva evoluzione in senso democratico del movimento rivoluzionario: costretta in difesa dalla reazione aristocratica, la borghesia fa appello alle masse nell'ora del pericolo, modificando in senso egalaritario la propria ideologia, fino a quando, diminuita la pressione ostile interna ed esterna, sarà possibile riprendere la via di un liberalismo moderato e censitario <sup>(116)</sup>.

Ora: che il saggio manzoniano sia stato scritto in polemica con la tesi messa in circolo dagli *idéologues* secondo la quale si trattò di « une révolution où tant de révolutions se sont succédées » <sup>(117)</sup>, articolata in particolare « in due tempi affatto diversi

<sup>(115)</sup> Cfr. J. BAILLEUL, *Examen critique de l'ouvrage posthume de M.me la Baronne de Staël ayant pour titre: Considerations ...*, Paris, 1818.

<sup>(116)</sup> « Une situation hereuse » come quella determinatasi dopo Fleurus — commenta Mignet col suo solito geometrico razionalismo — « n'exigeait plus le mêmes efforts, et sa mission (quella cioè del Terrore) était accomplie, le propr d'une pareille dictature étant de sauver un pays et une cause, et de périr par le salut même qu'elle produit » (*Histoire*, cit., p. 520).

<sup>(117)</sup> J. GARAT, *Mémoire sur la Révolution ou exposé de ma conduite dans les affaires et dans les fonctions publiques*, Paris, 1794, p. 2 (per citare un *pamphlet* d'ambiente *idéologique* posseduto da Manzoni). Una tesi analoga è svolta nel pi

il primo di intenti benevoli e sapienti; il secondo di deliri e di scelleraggini »<sup>(118)</sup>; questo è un fatto sicuro e notissimo, dichiarato esplicitamente dall'autore stesso: « non si può rompere così il filo della storia, la quale, volendo maravigliarsi il meno possibile, e intendere il più possibile, cerca nei fatti antecedenti ciò che abbia potuto preparare i fatti posteriori »<sup>(119)</sup>. Secondo Manzoni il Terrore non fu affatto, quindi, un « dérapage » della Rivoluzione — per usare un'espressione di moda una decina d'anni fa —, « una deviazione portentosa dal corso naturale delle cose »<sup>(120)</sup>, ma una conseguenza diretta delle scelte dell' '89, ancorchè allora non prevista. Quel che val la pena di ricordare, invece, è che Manzoni risulta altrettanto fermo nel rifiutare la tesi che siano le ' circostanze ' a spingere avanti la Rivoluzione e ad impedirle di chiudersi<sup>(121)</sup>. Il Terrore, in particolare, è per lui una componente strutturale della Rivoluzione, di cui già nei primi, radiosissimi momenti « si erano potuti vedere i saggi ..., come un punto scuro nella buccia d'un frutto accusa il baco che lo rode dentro »<sup>(122)</sup>.

Affrontando la questione del protrarsi della Rivoluzione — sembra dirci Manzoni — la storiografia prevalente continua a commettere lo stesso errore logico in cui è incorsa nel tentativo

---

celebre opuscolo di Benjamin CONSTANT, *Les effets de la Terreur*, Paris, 1797, poi ripreso appunto nelle sue linee fondamentali dalle *Considérations* della Staël ed in genere da tutta la storiografia ottocentesca (cfr. per tutti il giudizio di Louis Blanc, il quale inizia la sua *Histoire* rilevando che in realtà vi sono state due Rivoluzioni, la prima « aisément victorieuse et presqu'aussi semblable à une fête qu'à un combat; l'autre, issue de Jean Jacques, n'aura qu'une majesté funèbre et finira par une catastrophe » (*Histoire de la Révolution française*, 2ème ed., Paris, 1869, vol. I, p. 186).

<sup>(118)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 419.

<sup>(119)</sup> *Ibidem*.

<sup>(120)</sup> *Ibidem*.

<sup>(121)</sup> Questo convincimento è espresso meglio che altrove nel primo abbozzo d'introduzione alle *Osservazioni comparative*: « nessuno ... potrà ammettere che gli eccessi inauditi d'oppressione e d'iniquità d'ogni sorte avvenuti in essa — cioè nel corso della Rivoluzione —, siano da riguardarsi come accidenti d'una lotta contro gli uomini e le istituzioni dell'antico governo, mentre nella maggior parte della Francia, l'oppressione e l'iniquità arrivarono al colmo appunto quando ogni lotta di questo genere era affatto finita, supposto che sia stata mai una lotta davvero » (ed. cit., p. 580).

<sup>(122)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 420.

di spiegarne le origini. Constatato il fatto che la Rivoluzione si prolunga nel tempo, ed osservato che questo fatto, al pari di qualsiasi evento positivo, deve pur essere prodotto da un suo sistema di cause, essa passa in rassegna tutti gli elementi costitutivi della situazione storica in cui la Rivoluzione si colloca, prendendo nota di quelli che possono ragionevolmente provocare quell'effetto. A lavoro finito, è lecito pensare di aver individuato l'unica possibile spiegazione del fenomeno, o quantomeno di aver circoscritto lo spazio in cui cercarla. Così facendo, però, viene dimenticato proprio il dato più essenziale: cioè che la Rivoluzione stessa, una volta iniziata, costituisce un 'fatto' di proporzioni tutt'altro che trascurabili, capace di incidere profondamente sulla futura evoluzione della vicenda. « Dal giorno in cui esplose — ha scritto François Furet — l'evento rivoluzionario trasforma da cima a fondo la situazione precedente, istituendo una modalità nuova dell'azione storica che l'inventario della situazione non prevedeva » (123). La Rivoluzione, in altre parole, trova in larga misura proprio in se stessa le cause che la spingono avanti.

Tali cause, secondo Manzoni, sono essenzialmente due: l'estrema difficoltà di individuare il 'luogo' del nuovo potere — con quella particolarissima situazione di anarchia che da questo vuoto deriva —, e la paura generalizzata della reazione controrivoluzionaria. Questi due fattori non sono solo quelli che procrastinano ben oltre il 1789 la fine della Rivoluzione, ma quelli stessi che la compiono nel corso dell'estate di quell'anno.

Dal 27 di giugno, da quando cioè Luigi XVI, prendendo atto del fallimento della seduta reale del 23, ha invitato il clero e la nobiltà ad unirsi al Terzo, per i notabili la Rivoluzione è già virtualmente finita. Il Re ha capitolato davanti a loro, e come i « rivoluzionari in toga » dell'anno prima, ormai paghi del loro successo, essi pensano soltanto a chiudere la partita, legalizzando in fretta il loro nuovo potere con l'approvazione della nuova costituzione (124).

---

(123) *Critica della Rivoluzione francese*, cit., p. 28.

(124) Senza porre in discussione la sincera e disinteressata tensione ideale che muove la maggior parte dei deputati del Terzo, Manzoni non ha dubbi che il reale (ancorchè relativamente inconscio) scopo della loro rivolta sia semplicemente

Senonchè, la cosa si rivela subito assai più complessa del previsto. Semplici depositari di un potere che per definizione sta altrove, in nome dei cui diritti essi hanno esautorato l'antico titolare dell'*imperium*, i deputati del Terzo si accorgono improvvisamente che a quello stesso remoto principio possono richiamarsi con pari legittimità una quantità di altri gruppi <sup>(125)</sup> — come il Palais Royal, luogo di ritrovo abituale di gazzettieri e agitatori al soldo del Duca di Orleans; o come gli elettori del terzo stato di Parigi, che, pur privi di qualunque titolo giuridico si costituiscono in organismo permanente, preparandosi a sostituire gli organi municipali tradizionali; o, ancora, come il tumultuato pubblico che ha preso l'abitudine di assistere e partecipare alle sedute dell'Assemblea; o infine, come la folla che libera le guardie francesi consegnate a Bicêtre per atti d'insubordinazione. Assistendo preoccupata a questi primi sintomi di spontaneismo democratico, l'Assemblea, che pure vorrebbe reagirvi, comincia a comprendere con un certo sgomento di non avere alcun titolo per farlo, nè probabilità di essere ubbidita. Il potere è stato avvocato dal Re alla 'nazione' o al 'popolo' che dir si voglia <sup>(126)</sup>; ma poichè nessuno può definirsi l'unico ed autentico

---

quello di fondare un governo oligarchico, annunciato già dalla smagliante quanto ambigua autodefinizione di cui si compiacciono: quella di « nazione illuminata » — la quale, in realtà, « non esprime che una contraddizione: tutti, vale a dire alcuni » (*La Rivoluzione francese*, p. 396). Il fatto che la generalità dei rappresentanti del Terzo non si sia resa conto che « la questione tra il Re ed i Comuni non era stata una questione di libertà (giacchè la libertà il re l'aveva offerta) ma di potere » (*ibidem*, p. 400) non toglie niente al fatto positivo che l'ideologia della sovranità popolare fosse per essi un semplice schema retorico attraverso il quale instaurare il regno dell'*élite*, e non certamente una proposta politica concreta. Se il loro pronunciamento non avesse, per la sua stessa natura, innescato subito una complessa e vastissima dinamica sociale, « dopo aver mostrato come si potesse buttare a terra un ordine stabilito, quei secento avrebbero potuto crearne uno stabile a loro vantaggio, ordire e tessere, con tutto il comodo, vasti disegni oppostissimi ai desiderî e alla aspettativa del paese, dal quale avevano ogni loro forza; che insomma il principio di una rivoluzione come quella avrebbe potuto esserne la fine, e qual fine! l'aristocrazia » (*ibidem*, p. 369).

<sup>(125)</sup> Manzoni li definisce meglio come « forze estralegali » (*La Rivoluzione*, p. 407).

<sup>(126)</sup> L'estrema diffidenza e circospezione con cui il 'linguista' Manzoni si accosta alla parola 'popolo' (non solo nel saggio), erede, in questo di un atteg-

interprete nè di quella nè di questo, esso è divenuto di fatto disponibile da parte di tutti. Nato dalla negazione stessa del principio di diritto incarnato nella sovranità del vecchio monarca, il nuovo sistema incontra una difficoltà insormontabile a chiudersi in ordinamento, in quanto l'attacco del Terzo finisce per dirigersi non contro un *certo* potere, ma contro l'idea stessa di *ogni* potere. Se l'Assemblea, infatti, vuole mantenere la propria posizione di preminenza politica, può farlo solo consentendo a questo processo generalizzato di eversione dell'ordine antico a cui essa ha dato il via, giacchè nel momento in cui vi si opponesse negherebbe il proprio stesso principio di legittimazione <sup>(127)</sup>.

È questo il motivo essenziale per cui la Rivoluzione di Manzoni tende immediatamente a trasformarsi da evento puntuale in una specie di ' storia senza fine ' proiettandosi dal giugno dell' '89 su tutta l'estate successiva, dall' '89 su tutto il decennio che seguirà e da quest'ultimo — quantomeno latentemente — su tutto il secolo a venire. Per quanto intimamente legalitaria, ed orientata a svolgere una funzione sostanzialmente conservatrice, l'Assemblea degli ' avvocati ' non potrà che assecondare *mal gré soi* il contagio della trasgressione: processo che proseguirà gradualmente fino a quello che Manzoni considera il totale asservimento della Convenzione alla volontà espressa dai gruppi di pressione organizzati della capitale.

D'altra parte, questa sorta di generalizzato protagonismo politico da parte delle forze più eterogenee non ha ancora ricevuto, nel giugno dell' '89, un impulso unitario abbastanza forte da conferirgli un'identità complessiva comune, e da trasformare questa specie di anarchia diffusa in una rivoluzione permanente capace di coinvolgere tutto un popolo. Fino alle grandi giornate di luglio, la Rivoluzione di Manzoni resta un fenomeno essenzialmente elitario, una partita giocata tutta all'interno delle stanze del palazzo, fuori dalle quali il popolo attende fiducioso che si compia la grande rigenerazione promessa dal sovrano.

---

giamento caratteristico di tutta la cultura *idéologique*, è rilevato da NEGRI, *Manzoni e la Rivoluzione*, cit. e da NIGRO, *A. Manzoni*, cit., p. 618.

<sup>(127)</sup> Come più tardi scriverà Taine, « il faut bien conserver les apparences, ordonner même après coup, et suivre lorsqu'il ne peut pas conduire » (*La Révolution*, I, p. 407).

Da questo punto di vista, la ricostruzione manzoniana dell'estate dell' '89 è l'esatto reciproco di quella accolta dalla storiografia liberale dominante; la quale, com'è noto, muove dal postulato di trovarsi di fronte ad un processo unitario, che dal maggio all'ottobre si sviluppa sulla base di un'intima, continua solidarietà tra il ' popolo ' ed i suoi rappresentanti all'Assemblea nazionale. Essa può così indicare nell'insurrezione del 12-14 luglio la risposta tempestiva e compatta di Parigi al tentativo della Corte di sbarazzarsi dell'Assemblée; presentare la sollevazione delle campagne della seconda metà di luglio come l'unanime amplificazione del moto libertario parigino, culminante nella generale distruzione dei titoli feudali; ed infine vedere nel 4 agosto il saldo del debito contratto dall'Assemblea nei confronti del popolo che l'ha salvata. L'alleanza sociale dell' '89 prefigura già quella del '93, ed identico è pure l'avversario comune, costituito sia qui che là dalla controrivoluzione aristocratica (128).

Manzoni ci propone invece un itinerario assai meno rettilineo; ed in questo probabilmente più stimolante, per il lettore odierno, di quello seguito dalla *vulgata* storiografica ottocentesca, anche se certo non meno aprioristico e partigiano.

Per quel che ci interessa, possiamo anche accantonare le numerose pagine del saggio in cui Manzoni cerca di revocare in dubbio l'esistenza di una vera congiura aristocratica durante la

---

(128) Questa ricostruzione, che assumerà nell'opera di Michelet il suo aspetto più esplicito e definito, attraverso un'esaltazione continua della consapevolezza rivoluzionaria popolare e della sua maturità, è già compiutamente recepita dagli storiografi della Restaurazione, i quali danno per scontata una perfetta coesione dei movimenti popolari rispetto alle determinazioni dell'*élite*. Soltanto nel corso del Novecento la storiografia della 'sinistra' comincerà a prendere seriamente atto del carattere composito del movimento rivoluzionario, accumulando un'imponente serie di ricerche sui moti popolari, di cui approfitteranno infine gli storici 'revisionisti' degli anni '60, nel proporre la tesi ormai celebre delle « tre rivoluzioni dell'estate dell' '89 » (F. FURET, D. RICHET, *La Rivoluzione francese*, trad. it. di S. BRILLI CATTARINI e C. PATANÈ, Bari, 1974, pp. 71-109 (1ª ed. fr. Paris, 1965)); dell'ondata di scritti polemici sollevata da questo libro e dalla sua tesi delle « tre rivoluzioni », che ne costituisce il cuore, in modo particolare, cfr. per tutti C. MAZAURIC, *Réflexions sur une nouvelle conception de la Révolution française*, in *Annales historiques de la Révolution française*, XXXIX (1967), ora per il pubblico italiano in AA.VV., *Il mito della Rivoluzione francese*, cit., p. 96 ss.).

prima quindicina di luglio. La sua volontà di salvare ad ogni costo Luigi XVI lo induce a sfumare al massimo il nesso pur tanto evidente tra l'imponente concentramento di truppe realizzato attorno alla capitale a partire dagli ultimi di giugno ed il congedo di Necker; egli esclude recisamente, come ipotesi politicamente irrealistica, che si pensasse sul serio ad uno scioglimento dell'Assemblea, e meno che mai ad autorizzare una repressione violenta di eventuali moti di piazza. Ciò che Luigi si proponeva era solo, secondo Manzoni, di orchestrare una dimostrazione di forza in grande stile, necessaria per fargli riacquistare la propria autorevolezza di fronte all'Assemblea ed insieme, come egli stesso aveva dichiarato esplicitamente, per ricondurre l'ordine nella sua inquieta capitale. Tutto ciò è quantomeno inesatto (per non dire tendenzioso: gli stessi documenti che Manzoni aveva sott'occhio gli provavano come la Corte nutrisse in realtà ben altre intenzioni) <sup>(129)</sup>; ma ai fini di una valutazione del modello interpretativo manzoniano importa soltanto relativamente.

Qualunque cosa, infatti, si riproponesse realmente la Corte, ciò che conta è soltanto la particolare rappresentazione che delle sue intenzioni positive si costruì la coscienza popolare. Lo spirito rivoluzionario non nacque per nulla, secondo Manzoni, da quelle presunte aspirazioni idealistiche generalmente imputate al popolo dalla storiografia ottocentesca, bensì dalla paura di una furibonda vendetta da parte dell'aristocrazia minacciata nelle sue prerogative.

---

<sup>(129)</sup> Una testimonianza importante e relativamente obbiettiva sui fatti di luglio che Manzoni aveva sotto gli occhi, e di cui non tenne nessun conto, era quella di Necker (*De la Révolution française*, vol. II, p. 2 ss.), il quale ci restituisce in tutta la sua sfumata complessità il panorama della 'congiura' della Corte, salvando sostanzialmente la mitezza del Re senza però negare che in seno alla nobiltà covassero propositi inconfessabili di vendetta, e che probabilmente molti aristocratici non avrebbero esitato ad affrontare una guerra civile in piena regola. Thiers sembra aderire a questo tipo di ricostruzione, mentre Mignet, più *tranchant*, ritiene semplicemente che l'obbiettivo esplicito e consapevole di tutta Versailles fosse lo scioglimento degli stati generali a qualunque costo. Contro questa linea — che sarà quella di Michelet, di Aulard e poi degli storici novecenteschi della 'sinistra' — si leverà più tardi Taine, con un'interpretazione filomonarchica che ricorda in qualcosa quella di Manzoni, anche se meglio argomentata.

Si tratta, beninteso, di una semplice intuizione, e non certo del risultato di uno studio approfondito sulle mentalità collettive. Manzoni, anzi, non sfrutta nemmeno, per argomentare la sua tesi, i dati che già la storiografia ottocentesca pure gli offriva per ricostruire il clima di quei giorni <sup>(130)</sup>. Egli si limita semplicemente ad escludere che gli stimoli tradizionalmente indicati come i moventi della grande rivolta parigina (coscienza del pericolo che l'Assemblea stava correndo a Versailles, e conseguente determinazione di difendere, con essa, la libertà politica appena conquistata) <sup>(131)</sup> abbiano potuto assurgere ad un ruolo veramente determinante nella mobilitazione generale delle masse: « tutte le apprensioni di questo genere non sarebbero bastate a far sollevare nè una nazione, nè una città. È vero che gran parte dei francesi aveva accolta con gioia la deliberazione dei Comuni; ma tra il rallegrarsi di una cosa che pare utile e tranquillamente compita (il silenzio del re prima, e poi il consiglio dato da lui ai nobili e al clero di riunirsi ai Comuni poteva lasciarlo credere), e l'esser pronti a buttar sottosopra ogni cosa per il sospetto di vedersela levata, ci corre un grandissimo intervallo » <sup>(132)</sup>.

La notizia dell'improvviso licenziamento di Necker e della sua sostituzione col ministero di battaglia capeggiato da Breteuil, giunta nella mattinata del '12 in una Parigi presidiata dall'esercito, ma non certo in stato d'assedio, produsse « un'agitazione generale » al Palais Royal, tra quella « turba mista di sediziosi, di riscaldati, di novellieri », che era la più « inclinata a tumul-

---

<sup>(130)</sup> Michelet, per esempio, primo vero storico di quella 'rivoluzione della miseria' che Manzoni ignora del tutto nella sua ricostruzione, non mancava di rilevare l'importanza della 'paura dei briganti' nel creare il clima psicologico della grande sollevazione: a causa della carestia, « la povera gente delle campagne entrava da tutte le barriere, smunta, stracciata, appoggiata ai lunghi bastoni da viaggio. Una massa di ventimila mendicanti, che venivano occupati a Montmartre, era sospesa sulla città; se Parigi faceva un movimento, quest'altro esercito poteva discendere. Già qualcuno aveva tentato di bruciare e saccheggiare le barriere » (*Storia della Rivoluzione*, vol. I, p. 99).

<sup>(131)</sup> « La nation, — scriveva ad esempio Thiers — législatrice à Versailles, était armée à Paris », a sottolineare appunto la compenetrazione quasi organica che esiste tra il 'popolo' ed i suoi rappresentanti (*Histoire*, vol. I, p. 147).

<sup>(132)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 447.

tuare » (133) nell'ambito della popolazione della capitale; e seminò pure lo sconcerto e l'allarme negli ambienti finanziari, agghiacciati dalla prospettiva di una bancarotta ormai sicura; ma non poteva essere sufficiente di per sè a scuotere nel profondo una popolazione di seicentomila persone. Per rendere veramente esplosiva la miscela della psicologia rivoluzionaria manca ancora un ingrediente fondamentale, che nel racconto manzoniano sarà Camille Desmoulin ad individuare ed a proporre alla coscienza della folla: il celebre episodio della sua arringa del 12 luglio dalla cancellata del Palais Royal (134) coincide per Manzoni con il momento ideale in cui la Francia si 'rivoluzionarizza': « portato, più che salito, come disse egli medesimo, su quella nuova ringhiera, è immediatamente circondato da una gran folla: ' Non c'è un minuto da perdere ', grida ' M.r Necker è scacciato: questa è la campana a martello di una Saint-Barthelémy di patrioti: questa sera tutti i battaglioni svizzeri e tedeschi usciranno dal Campo di Marte per scannarci. Non c'è che un riparo: correre alle armi e prendere delle coccarde per riconoscerci ' » (135). Per determinare una insurrezione generale era necessario « un motivo atto a colpire tutti gli animi, l'immagine di un attentato perfido e spaventoso, quella paura di un male atroce e imminente, che porta, secondo la tempra degli animi, l'abbattimento o il furore. E Camillo Desmoulin, il quale sapeva benissimo che, se in una discussione il moltiplicare degli argomenti aiuta a determinare la persuasione, chi vuole ottenere un effetto immediato dalla passione, deve presentarle un oggetto immediato e potente, senza distrarre le menti in altre considerazioni, non istette a parlare di alcuno dei vari pericoli che gli uni e gli altri apprendevano: nè del ristabilimento dei tre ordini, nè della soppressione di ogni rappresentanza nazionale e del ritorno al potere assoluto, nè del fallimento. Disse semplicemente: « Il bando di M.r Necker è la

---

(133) *Ibidem*, p. 447 e p. 443.

(134) L'episodio è riferito, com'è noto, dallo stesso Desmoulin sul *Vieux Cordelier*, anni dopo (e Manzoni dichiara di averne presa conoscenza proprio da questa fonte diretta); si trova comunque riportato in molte storie della Rivoluzione (da quella di Mignet fino a quella di Michelet, anche se in genere in modo approssimativo, come pura e semplice nota di colore).

(135) *La Rivoluzione francese*, p. 433.

campana a martello di una Saint-Barthélemy dei patrioti: questa sera tutti i battaglioni svizzeri e tedeschi usciranno dal Campo di Marte per scannarci » (136).

Ci troviamo così di fronte, certo, ad una presentazione eminentemente 'ingenua' della grande sollevazione di metà luglio, risolta tutta in termini aneddotici (l'immagine di Desmoulins che arringa la folla del Palais brandendo in aria le due pistole è un topos dell'iconografia rivoluzionaria tradizionale), senza che Manzoni si impegni in alcun serio scavo della psiche popolare. Eppure, dietro ad una così fragile intelaiatura documentale, si profila un'ipotesi interpretativa di un certo vigore.

Molte pagine sono state scritte sul torbido fascino che il tema della folla e dei comportamenti di massa ha sempre esercitato su Manzoni, e se ne sono pure individuate le motivazioni di ordine politico, psicologico e psicoanalitico (137). Al di là di tutte queste considerazioni, però, resta il fatto che Manzoni, lavorando al suo romanzo, si era costruita un'immagine abbastanza precisa della dinamica di una rivolta frumentaria urbana d'antico regime. Il suo movente psicologico essenziale è lo stesso che determina la caccia agli untori nel periodo di pestilenza: la tendenza della coscienza collettiva ad imputare ad una volontà occulta l'integrale responsabilità di una situazione obbiettiva di disagio (la carestia) o di pericolo (la peste) (138). Il meccanismo che scatena l'insurrezione di Parigi è esattamente lo stesso, con l'unica specificità che questa volta il pericolo temuto è molto più facilmente personificabile rispetto al fenomeno della fame o del contagio: tutti possono vedere i soldati stranieri concentrati nel Campo di Marte e in vari punti chiave della città, e tutti sanno con certezza che ve ne sono molte altre migliaia non lontano dalle porte (al-

(136) *Ibidem*, p. 449.

(137) Cfr. per tutti F. NOTO-CAMPANELLA, *Rilievi critici e psicoanalitici sulla folla nei 'Promessi Sposi'*, Milano, 1973.

(138) La storiografia contemporanea, del resto, ha stabilito ormai la perfetta continuità che esiste fra certi elementi focali della 'psicologia del complotto' tipica del periodo rivoluzionario, ed il ricco retroterra delle superstizioni e delle credenze popolari d'antico regime (cfr. ad es. S. L. KAPLAN, *Le complot de famine: histoire d'une rumeur au XVIII siècle*, tr. fr. par M. et J. REVEL, Paris, 1982).

l'Assemblea nazionale se ne era denunciata la presenza già vari giorni prima). In questa situazione, l'idea che Luigi XVI voglia dare il via ad una vera e propria strage programmata, come quella del 1572, per quanto oggettivamente improbabile, viene immediatamente creduta come una realtà evidente, comprovata eloquentemente dalla goffa carica di cavalleria guidata dal principe di Lambesc nel giardino delle Tuileries, poco prima del tramonto: « per immaginazioni accese e sopraffatte c'erano analogie più che sufficienti: la notte; un re sdegnato; dei soldati pronti »<sup>(139)</sup>. Al grido del grande complotto Parigi, terrorizzata, si scatena<sup>(140)</sup>.

Il fatto che, a differenza di ciò che Manzoni vuol credere, una sorta di 'complotto' vi fosse davvero (anche se in forme più sfumate di quanto presupponeva la folla), e che una parte di coloro che ne erano al corrente fosse disposta a dare il via anche ad una guerra civile, nell'ipotesi peggiore; ciò non basta a togliere ogni valore al punto di vista da lui proposto. Manzoni ha compreso che la Rivoluzione è qualcosa di profondamente diverso da ciò che ha dichiarato o creduto di essere, che la sua compattezza di evento unitario è solo un mito, e che il vero scopo della sto-

<sup>(139)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 450.

<sup>(140)</sup> Beninteso: anche la storiografia liberale è perfettamente consapevole che a provocare la rivolta ha contribuito in modo determinante la minaccia diretta di cui la città si è sentita tutt'a un tratto fatta oggetto. Ma tale elemento serve solo a spiegare meglio la meccanica dell'insurrezione, non a mutarne il significato all'interno del contesto. « Cette ville immenses — nota Mignet riferendosi alla Parigi del 12 luglio — était unanime dans son dévouement à l'assemblée. Les périls dont les représentants de la nation étaient menacés, les siens propres, et le défaut de subsistances, la disposaient à un soulèvement » (*Histoire*, p. 59). Non solo, dunque, il vettore fondamentale del moto urbano resta quello del « dévouement à l'Assemblée »; ma soprattutto è evidente che mentre la folla di Manzoni insorge ubbidendo ad un sentimento atavico e profondamente irrazionale, che l'autore oggettivizza nella dimensione temporale, quella di Mignet si rivolta contro dei « périls » perfettamente reali, di cui ha misurato *esattamente* la gravità, anticipando, per così dire, quello che è il giudizio stesso dello storico. Il discorso di Mignet, in altre parole, si svolge tutto presupponendo una perfetta 'trasparenza' del contesto rispetto alla coscienza popolare, la quale non viene dunque assunta ad oggetto d'analisi storica, ma resta per così dire un dato indisponibile da parte dello storiografo; mentre quello di Manzoni tenta bene o male di storicizzare i comportamenti collettivi, grazie al maggior distacco che il suo punto di vista di 'reazionario' gli consente di assumere rispetto alla materia.

riografia non è quello di riviverla, di celebrarla e di riproporla nella sua immagine ideale, ma di definirne la dinamica interna, assumendola ad oggetto d'analisi positiva al pari di qualsiasi altro fatto storico. È in questa prospettiva che la Rivoluzione cessa di costituire un blocco unitario, reso per definizione coerente da un'autocoscienza collettiva in realtà del tutto immaginaria, e si trasforma invece nel complesso intreccio di una serie di fenomeni eterogenei, alcuni dei quali assolutamente indotti. Com'è stato rilevato da Furet e Richet, Parigi si solleva molto più per salvare se stessa che non la 'sua' Assemblea <sup>(141)</sup>; e si solleva grazie ad un meccanismo di autosuggestione antichissimo — anzi, quasi ancestrale —, quello cioè che da sempre coagula i sentimenti collettivi attorno all'odio comune di un nemico immaginario <sup>(142)</sup>.

La controrivoluzione, quindi, molto prima di rappresentare una realtà positiva, costituisce l'immediato rovescio interno della mentalità rivoluzionaria stessa: la violazione generalizzata di un diritto non più avvertito come realmente obbligante genera subito la certezza che i gruppi sociali direttamente minacciati da questa sovversione vi si ribelleranno con una reazione tanto incontrollata e feroce quanto improvviso e subitaneo è stato il loro spodestamento. I caratteri di questa minoranza occulta e malvagia cambieranno continuamente nel corso del decennio successivo, seguendo l'evoluzione dell'ideologia dominante; ma essa resterà un punto di riferimento irrinunciabile della mentalità rivoluzionaria

---

<sup>(141)</sup> *La Rivoluzione francese*, cit., p. 87: la salvezza dell'Assemblea « sarà soltanto una conseguenza obbiettiva » della volontà autodifensiva della città.

<sup>(142)</sup> Si cfr. per tutti la nota analisi di G. LEFEBVRE, *Foules révolutionnaires*, ora in ID., *Études sur la Révolution française*, Paris, 1954, p. 271 ss., nonché G. RUDÈ, *Dalla Bastiglia a Termidoro. Le masse della Rivoluzione francese*, trad. it. Roma, 1969 (ma 1<sup>a</sup> ed. Oxford, 1959). Si ricordi (e senza con questo voler sopravvalutare in alcun modo l'intuizione ricostruttiva di Manzoni, che resta indubbiamente episodica e marginale) come la storiografia ottocentesca continui invece a prestare alle masse popolari della Rivoluzione una coscienza perfettamente autoconsapevole. Il primo a superare decisamente questo preconetto sarà Hippolyte Taine — il quale indicherà appunto nella paura popolare una delle principali molle della dinamica rivoluzionaria: (*La Révolution*, cit., vol. I, p. 70 ss.): un merito che lo stesso Georges Lefebvre non manca di riconoscere nelle prime pagine della sua *Grande Peur* —. La scoperta di Taine aprirà a sua volta la strada alle ricerche sulla psicologia delle folle dei vari Tarde, Sighele, Le Bon.

(e del Terrore in ispecie), esaltando soprattutto, nell'ostilità contro il 'diverso', la vecchia vocazione conformistica già tipica di tutti i comportamenti di massa inventariabili sotto l'antico regime. La circostanza che quindi, contrariamente all'asserto manzoniano, un piano controrivoluzionario esistesse certamente nel luglio dell' '89 non smentisce la validità della sua scoperta: la mentalità collettiva interiorizzò la controrivoluzione nei termini di un fenomeno mitico, trovando in esso lo stimolo per spingere sempre più avanti la propria battaglia.

Se il 12 luglio, del resto, la minaccia fu effettiva e concreta, non lo sarà più nè nel corso della 'grande paura' rurale della seconda quindicina del mese (colossale fenomeno di autosuggestione collettiva, che generalizzò a livello nazionale la paura degli « aristocratici » che aveva sollevato Parigi), nè il 5 e il 6 di ottobre (quando la Corona, ormai del tutto incapace di orchestrare alcun 'piano' realmente temibile, scatenò il furore delle masse affamate semplicemente richiamando un solo reggimento a Versailles), fino ad un'entrata in guerra contro le monarchie europee sicuramente non richiesta dalla situazione internazionale, e determinata invece dall'esigenza, tutta intrinseca alla mentalità rivoluzionaria, di combattere un nemico che deve esistere comunque <sup>(143)</sup>.

D'altronde, la stessa rivolta di luglio ci offre, al suo interno, un esempio eclatante di questa dinamica, cioè del convertirsi immediato della paura in originale iniziativa rivoluzionaria: è interamente a questo tipo di meccanismo, secondo Manzoni, che

---

(143) Georges Lefebvre, lo storico che più di ogni altro ha contribuito alla valorizzazione della 'paura del complotto' come componente fondamentale della mentalità rivoluzionaria, sostiene che la temuta « congiura aristocratica » cessò di avere una consistenza puramente mitica con la fine dell' '89, e « divenne una realtà, con le caratteristiche essenziali che fin dall'inizio il popolo le aveva attribuito » (*L'Ottantanove*, cit., p. 117). La storiografia 'revisionista', invece, proseguendo di fatto sulla linea tracciata da Taine — anche se questa derivazione assai poco *à la page* viene di norma negata con veemenza —, fa della controrivoluzione un'entità infinitamente più importante come elemento-base della coscienza rivoluzionaria che non come effettivo movimento politico: la polemica sui reali motivi dell'entrata in guerra nel '92 assume, com'è ovvio, in questa prospettiva un ruolo centrale nel dibattito (F. FURET, *Le catéchisme révolutionnaire*, già in *Annales E.S.C.*, XXVI (1971), ora anche, tradotto, in AA.VV., *Il mito della Rivoluzione francese*, cit., in part. pp. 178-181).

dobbiamo imputare l'episodio forse più famoso di tutta quanta la Rivoluzione francese.

6. « Il 13 luglio, Parigi non pensava se non a difendersi. Il 14 attaccò. Il 13 sera c'erano ancora dei dubbi; non ve ne furono più al mattino seguente. La sera era piena di turbamento, di disordinato furore. Il mattino fu luminoso e di una terribile serenità. Un'idea si alzò su Parigi col sole, e tutti videro la stessa luce. Una luce negli spiriti, e in ogni cuore una voce: 'Va, e prenderai la Bastiglia!' » (144).

Michelet non ha dubbi. Tutta la giornata del '13 era trascorsa nella disperata ricerca di armi che non si trovavano da nessuna parte, mentre da un'ora all'altra si attendeva che i reggimenti stranieri piombassero sulla città terrorizzata (Besenval, frattanto, comandante della piazza di Parigi, lasciato senza ordini e con truppe insufficienti e malfide, aveva deciso di rinchiudersi nel Campo di Marte, da cui non uscirà più fino al 15); ma non appena, il mattino del 14, la folla riuscì ad impadronirsi dei fucili conservati agli *Invalides*, il problema della difesa fu subito dimenticato. Un imperativo infinitamente più profondo — quello stesso, secondo Michelet, che aveva ispirato nel giugno i deputati del Terzo nella loro rivolta contro il potere assoluto — prese completamente il sopravvento: la conquista della libertà.

Nella notte che precedette lo storico avvenimento, la nuova voce della volontà generale parlò alla coscienza di ciascuno: « ognuno fece nel suo cuore il giudizio universale del passato, e prima di colpire, ognuno lo condannò senza misericordia ... In quella notte la storia, una lunga storia di sofferenze, fu viva nel vindice istinto del popolo. L'anima dei padri, che per secoli avevano sofferto, erano morti in silenzio, tornò nei figli e parlò ». « L'attacco alla Bastiglia — difesa da enormi torrioni ed armata in sovrabbondanza — non fu per nulla un atto ragionevole. Fu un atto di fede » (145), che il popolo compì seguendo il suo impulso unanime, senza che nessuno lo proponesse o lo guidasse. Esso rappresenta perciò l'epifania storica della ragione assoluta

---

(144) MICHELET, *Storia della Rivoluzione francese*, vol. I, p. 107.

(145) *Ibidem*.

nella coscienza collettiva, il grande segnale con cui la nuova umanità liberata annuncia al mondo che tutte le sue Bastiglie cadranno.

Questa pagina struggente, che resta probabilmente la più bella di tutta l'opera di Michelet, è anche quella in cui lo storico si identifica più completamente col punto di vista dei protagonisti, rinunciando del tutto a mantenere un pur minimo distacco critico rispetto all'evento rappresentato.

Tutt'all'apposto, Manzoni continua a guardare alla giornata del 14 con lo stesso freddo occhio critico che ha applicato finora alle vicende antecedenti.

Acquistata, con il possesso delle armi, una sorta di istintiva sicurezza, la folla dimentica subito la paura che fino a quel momento ha guidato ogni suo atto; il terrore, trasformatosi in esaltazione collettiva, la rende sensibile alle suggestioni di una mitologia di tipo aggressivo. La scelta della Bastiglia — obiettivo palesemente assurdo, sul piano strategico, nell'ottica di una difesa della città da un attacco esterno — s'impone alla sua psiche grazie ad una vecchia, diffusa anedddotica ed al suo stesso, minaccioso profilo, che da sempre domina il *faubourg* St. Antoine. Così com'è stata un'immagine mitica — quella della Saint-Barthélemy — a scatenare il furore della folla, è ancora un'altra immagine dello stesso tipo a catalizzarlo tutto su di sé. L'attacco, perciò, risultò privo di logica apparente, secondo il rilievo di Michelet, non perchè il popolo ubbidisse in quel momento ad un imperativo categorico superiore ad ogni tatticismo (come si scoprirà più tardi, lo spaccato sociologico dei 'vincitori della Bastiglia' rivela una composizione pressochè identica a quella dei saccheggiatori della manifattura Reveillon di pochi mesi prima, episodio definito da tutta quanta la storiografia liberale come « une scène déplorable ») <sup>(146)</sup>, ma soltanto perchè il comportamento della folla è completamente condizionato da una simbologia profondamente irrazionale, che non ha niente a che vedere col senso comune.

---

<sup>(146)</sup> Così THIERS, *Histoire*, cit., vol. I, p. 109; identica valutazione da parte dello stesso Michelet (*Storia della Rivoluzione*, vol. I, pp. 59-60), che lo imputa a volgari ladri e saccheggiatori, da non confondersi assolutamente col 'peuple' delle grandi *journées*.

La fortezza cadde, secondo Manzoni, non per un miracolo o per la sua presunta « cattiva coscienza », come propone ancora Michelet, ma semplicemente perchè i difensori non se la sentirono più, dopo qualche ora, di continuare a sparare su di una folla indifesa da dietro alle feritoie, e cercarono perciò di venire a patti con essa (ricostruzione che prefigura approssimativamente quella che Taine offrirà di lì a poco). Il campionario di atti di gratuita ferocia che seguì alla resa concordata non fu che l'inizio, sempre secondo Manzoni, di quella lunga serie di episodi analoghi che segnerà così tragicamente tutto il resto del mese (si ricordi per tutti il massacro di Foulon e di Bertier, nonchè la caccia selvaggia a Besenval in fuga, a cui viene dato grande spazio nel saggio). Tali episodi sono di solito considerati dalla storiografia liberale come incidenti incresciosi, ma comunque liminali rispetto ad un corso rivoluzionario che si svolge, almeno in questa fase, sotto un segno univocamente positivo e liberatorio <sup>(147)</sup>. Manzoni viceversa li addita come chiari sintomi della ormai prossima mentalità collettiva terroristica, in cui — come noterà Engels — l'esercizio indiscriminato della violenza costituisce un rimedio taumaturgico contro la *propria* paura <sup>(148)</sup>.

Questa è dunque la presa della Bastiglia: un episodio esteriormente non dissimile dalle mille rivolte urbane che hanno punteggiato la storia dell'antico regime — dietro la distruzione del vecchio forte, a cui la folla si accinge rabbiosa subito dopo la vittoria, affiora l'antico feticismo delle folle di sempre, quello stesso che spingeva i popolani milanesi del 1628 a bruciare le madie dei forni ritenute responsabili della loro fame —; al contempo, però, un episodio che non solo prefigura, ma *inizia* virtualmente il regno del Terrore, convogliando tutti gli atavici risentimenti delle masse entro quell'unico condotto, aperto nelle loro coscienze dalla paura della reazione nobiliare <sup>(149)</sup>.

---

<sup>(147)</sup> Secondo le parole stesse di Manzoni, cioè, come « eccessi deplorabili, ma inevitabili in una così grande impresa, e provocati da una resistenza ostinata e ancora forte » (*La Rivoluzione francese*, p. 321).

<sup>(148)</sup> Engels a Marx, 4 settembre 1870 (il riferimento è di FURET, *Il catechismo rivoluzionario*, cit., p. 183).

<sup>(149)</sup> Più di ogni altro, ci pare questo l'aspetto del saggio di Manzoni che anticipa innegabilmente l'opera di Taine: la Rivoluzione come blocco unitario,

In tutto questo, il dato per Manzoni più sconcertante è costituito dal fatto che un'impresa compiuta sotto la spinta di impulsi così elementari, e destinata ad inaugurare un'epoca in cui la libertà individuale subirà ben altri attentati che quelli delle vecchie *lettres de cachet*, possa essere « riguardata e celebrata — da tutto l'Ottocento — come la vittoria della libertà sul dispotismo, e della giustizia sull'arbitrio ...; tanto un giudizio uscito e come scoppiato in un primo momento da un vasto e clamoroso consenso, ha forza di trasmettersi intero ad uomini di altre generazioni, persuasi e contenti di possedere in una concisa sentenza il senso essenziale di un grande avvenimento » (150). La verità, secondo Manzoni, è che l'insurrezione di Parigi, priva di una vera finalizzazione politica cosciente, salvando di fatto l'Assemblea nazionale, servì a dimostrare al Re che ormai avrebbe potuto recuperare il suo antico potere solo scatenando una guerra civile in piena regola, il cui esito era tra l'altro reso quanto mai incerto dalle defezioni generalizzate registrate nei giorni di luglio tra i ranghi dell'esercito (151). Di fronte all'esplosione della rivolta urbana, egli preferì così sospendere la dimostrazione di forza che era servita soltanto a coalizzare contro di lui tutti i suoi avversari potenziali, rinviando le truppe, richiamando Necker ed accettando almeno in apparenza il compromesso costituzionale. L'Assemblea si affrettò quindi a riconoscere nella presa della Bastiglia la nascita di un'era nuova, appropriandosi della mitologia popolare e traducendola, nel proprio linguaggio colto, in un evento carico di significati simbolici e tutto impregnato dalla nuova spiritualità laica partorita dal XVIII secolo. La storiografia liberale farà il resto, celebrando il 14 luglio nei termini di un accadimento la cui dinamica reale è sottratta ad ogni valuta-

---

reso compatto dal terrore, il quale trova a sua volta le proprie radici nello stato di anarchia (e quindi di paura) a cui il « troupeau humain » si è trovato improvvisamente abbandonato al momento del crollo dell'antico ordinamento.

(150) *La Rivoluzione francese*, p. 461.

(151) L'unica cosa certa nella confusa strategia della Corte alla metà di luglio è costituita dal fatto che nessuno pensava minimamente di doversi trovare di fronte ad una resistenza popolare di serio rilievo, tale da imporre di passare subito all'azione (LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, cit., p. 87; J. GODECHOT, *La prise de la Bastille*, Paris, 1965, p. 225 ss.).

zione, e riconoscendo in questa data il momento in cui la rivoluzione borghese si universalizza nella coscienza popolare e scopre la propria vocazione autenticamente nazionale: costruito che non solo occulta il carattere socialmente e politicamente disomogeneo della Rivoluzione, ma rafforza enormemente l'idea della sua 'inevitabilità', dando la sensazione di una coerenza profonda di valori e d'intenti tra *élite* e popolo <sup>(152)</sup>.

È appunto come il coronamento ed il suggello definitivo di questa alleanza che gli storici dell'Ottocento presenteranno l'ultimo grande atto dell'estate dell' '89: la notte del 4 agosto.

7. Com'è noto, anche qui la storiografia del secolo scorso si è limitata in genere a registrare l'immagine 'ufficiale' che la Rivoluzione ha saputo offrire di se stessa. Senza approfondire — quantomeno fino a Taine — le motivazioni e la dinamica della grande rivolta rurale della seconda quindicina di luglio, essa si è limitata a rilevare che il suo scopo essenziale fu la distruzione dei titoli feudali <sup>(153)</sup>, accennando appena al tema della paura <sup>(154)</sup>, e considerando l'attacco ai castelli come il prolungamento naturale del grande slancio libertario manifestato da Parigi.

---

<sup>(152)</sup> Gli storici più moderati — memori forse del disprezzo manifestato da Mirabeau per i « vainqueurs de la Bastille » — lasciano oscillare prudentemente la qualificazione della folla del 14 luglio tra i due sostantivi « peuple » e « populace » (così THIERS, *Histoire*, cit., vol. I, p. 147); ambiguità che viene comunque subito dimenticata nell'atto di tracciare il bilancio complessivo dello storico evento, quando ogni ombra di divisione viene cancellata dalla solare monoliticità della « nation » (« la nation, maîtresse du pouvoir législatif par l'assemblée, de la force publique par elle-même, pouvait désormais réaliser tout ce qui était utile à ses intérêts », *ibidem*, p. 148).

<sup>(153)</sup> Comportamento considerato dagli storici come perfettamente legittimo, giacché il popolo « ne confondit point les privilèges avec les propriétés »: le sporadiche violenze che accompagnarono il moto, così, furono « non sans raison », essendo dirette sempre contro la casta dei privilegiati (MIGNET, *Histoire*, cit., p. 92).

<sup>(154)</sup> Che viene da tutti imputata senza incertezza ad una manovra condotta ad arte o dal partito aristocratico, o da quello nazionale, secondo la convinzione che si diffuse immediatamente non appena ci si accorse che i 'briganti aristocratici' non erano mai esistiti. L'incidenza della 'Grande Paura' sul movimento complessivo è in genere ritenuta non decisiva.

L'Assemblea, commossa e colpita dall'energia con cui la nazione, svegliandosi da un sonno millenario, si leva a reclamare un'elementare giustizia sociale, aderisce alle richieste dei contadini in uno slancio unanimistico, dichiarando formalmente decaduto il « régime féodal ».

Non più interessato, certo, dei suoi colleghi d'oltralpe ad una seria indagine sui veri comportamenti delle masse rurali <sup>(155)</sup>, e

---

<sup>(155)</sup> Nel ricostruire a grandi linee l'insurrezione agraria del luglio, Manzoni utilizza soprattutto, combinandole insieme, le testimonianze di due protagonisti tra i più corretti e affidabili della scena politica d'allora, ma per forza di cose assai parziali nel rappresentare un evento tanto complesso: quella di Lally-Tollendal (*Mémoire de M. le Comte de L. T., ou seconde lettre à ses commettans*, Paris, 1790, che, per la parte che qui ci interessa, sviluppa e dettaglia il contenuto di due suoi precedenti interventi all'Assemblea del 20 e 23 luglio), e l'altra di Rabaut-Saint Étienne (*Précis historique de la Révolution française*, Paris, 1792, p. 115 ss.: solo a quest'opera, a quanto sembra, può essere riferita la citazione di Manzoni, che rinvia ad una *Histoire de l'Assemblée constituante*). Lally fu in effetti il deputato che con maggiore energia e preoccupazione denunciò all'Assemblea la situazione di disordine creatasi nelle campagne nel corso del mese, allegando varie testimonianze di fatti cruenti e terribili da cui Manzoni evince questo quadro d'insieme, che fa proprio: « orde sfrenate e feroci invadevano le case campestri dei signori, davano fuoco agli archivi dove erano conservati i titoli feudali, e alle case insieme, e commettevano sulle persone orribili atrocità. E poichè i promotori di violenze non lasciano di servirsi, all'occasione, anche degli inganni, principalmente quando si tratti di riscaldare e aizzare moltitudini ignoranti, andavano in giro emissari che spacciavano ordini, incredibili, ma creduti, del re di dare addosso ai nobili, come nemici della nazione e suoi » (*La Rivoluzione*, cit., p. 518: in realtà, le ricerche di Lefebvre hanno dimostrato l'esagerazione delle notizie riferite da Lally, soprattutto per ciò che riguarda le violenze alle persone, che furono rarissime: *La Grande Paura del 1789*, trad. it. Torino, 1953, p. 127; mentre la convinzione di agire in nome del Re — componente tipica delle rivolte agrarie dell' '89 — non fu sicuramente il frutto di un disegno politico, ma un convincimento germogliato spontaneamente nella mentalità popolare). In questo contesto Manzoni, citando Rabaut, colloca il fenomeno della paura degli aristocratici e dei briganti; la quale, diffusa da « false voci » di incerta provenienza, non giocò, secondo lui, come un moltiplicatore del disordine (giusta la presentazione abituale di parecchi storici ottocenteschi) ma servì ad armare i cittadini a difesa delle proprietà minacciate dai fautori del « furore più bestiale », e quindi funzionò come un antidoto spontaneo contro la rivolta: questo, ben più che le concessioni del 4 agosto — difficilmente recepibili da masse inferocite e sobillate da agitatori in mala fede — fu a suo giudizio il vero motivo del progressivo acquietarsi dell'agitazione agraria nel corso della prima quindicina del mese.

neppure più acuto di essi nel percepire la 'sceneggiata' politica che sta dietro alla vicenda parlamentare del 4 agosto <sup>(156)</sup>, Manzoni si rende conto, però, consultando semplicemente i verbali della Costituente, di un fatto palmare: che cioè fino a pochi giorni prima l'Assemblea aveva cercato in ogni modo di ignorare l'insurrezione agraria, restando sorda agli accorati appelli con cui Clermont-Tonnerre e Lally-Tollendal venivano denunciando le violenze a cui i contadini si abbandonavano in quei giorni, ed immergendosi, per non sentire, nella discussione della dichiarazione dei diritti destinata a precedere la nuova Costituzione; e più ancora che quando, alla vigilia del 4, le dimensioni macroscopiche assunte dal fenomeno la costrinsero a prenderne coscienza esplicita, essa non seppe far di meglio che proporre, per bocca di Target (che parlò a nome del Comitato dei rapporti), una dichiarazione in cui veniva ribadita la doverosità del pagamento di tutti i canoni feudali, nonchè l'obbligo per tutti i cittadini di ubbidire alle leggi in vigore relative alla sicurezza delle persone e delle proprietà.

Profondamente sconcertata dal grande processo di disgregazione sociale a cui la propria rivolta ha dato l'avvio, l'Assemblea è però parimenti impotente a porvi rimedio. Priva di efficaci strumenti di governo, essa deve per forza seguire la corrente di una Rivoluzione che non controlla: da questa consapevolezza, appunto, scaturì l'idea di sopprimere i diritti feudali come « solo mezzo di acquietare le moltitudini insorte nelle campagne » <sup>(157)</sup> — misura proposta ed attuata, del resto, dagli stessi esponenti della nobiltà con una generosità che Manzoni non si stanca di sottolineare. Molto più che da un ben meditato programma rivoluzionario, il 4 agosto derivò dall'esigenza eminentemente tattica di arginare i progressi dell'anarchia popolare. Il che, se sotto un certo profilo è già stato recisamente affermato da Michelet nel

---

<sup>(156)</sup> Manzoni non nutre il minimo dubbio sulla assoluta spontaneità della rinuncia dei privilegiati, e nega l'esistenza di alcun accordo di corridoio precedente: la realtà, com'è noto, è più complessa (anche se nella sostanza gli abboccamenti intercorsi il giorno prima al club Bretone non cambiano gran che il significato oggettivo dell'operazione, nè bastano certo a compromettere la buona fede dei deputati che il 4 votarono la fine del regime feudale).

<sup>(157)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 521.

contesto di una Rivoluzione intesa come lotta tra nobiltà e Terzo stato — presentando, cioè, il 4 agosto come il sacrificio parziale a cui i nobili si erano decisi infine, per non perdere tutto —; viene ora ripetuto da Manzoni in una prospettiva ben diversa. Ad interrogarsi angosciata sul proprio futuro è in realtà, secondo lui, tutta quanta quella classe dirigente che ha iniziato la Rivoluzione « senza sapere e senza volere »: la vera *summa divisio* non è affatto quella tra privilegiati e non privilegiati, ma ormai l'altra, tra *élite* pensante e masse inconsapevoli abbandonate a se stesse dalla rovina dell'edificio statale. Se, del resto, vi è nel saggio di Manzoni una parte dell'*élite* che riesce a salvarsi sul piano morale questa è proprio l'aristocrazia, che il 4 agosto paga anche per i proprietari borghesi, seguendo non solo l'interesse, ma un proprio autentico slancio ideale.

Tutto ciò non toglie, beninteso, che Manzoni non saluti con profondo rispetto i risultati della notte del 4 agosto, come una conquista fondamentale sul piano dei rapporti sociali: egli si limita a rilevare che un progresso consimile si sarebbe probabilmente verificato lo stesso sul medio periodo anche senza la Rivoluzione, come gli viene chiaramente dimostrato dal fatto che furono proprio la nobiltà ed il clero ad assumerne l'iniziativa.

Ma la riflessione veramente importante suscitata dal 4 agosto è un'altra. Proprio perchè si trattò di una data-cardine dal punto di vista sociale, essa avrebbe dovuto avere la forza di porre fine alla Rivoluzione, se i veri motivi di quest'ultima, appunto, fossero stati quelli di promuovere una riforma radicale nel modo di essere della società. Alla libertà politica, la cui conquista era stata ratificata dal 14 luglio, si venivano ora ad aggiungere l'eguaglianza civile, la liberazione della terra, il libero accesso a tutti gli impieghi: « non parrebbe egli, che la Rivoluzione fosse, questa volta, avviata ad un prossimo e placido compimento? » <sup>(158)</sup>. Fal-

---

<sup>(158)</sup> *Ibidem*, p. 526: « dei due effetti principali ed essenziali che si desideravano da essa, cioè un limite posto al potere assoluto del re, per mezzo di un riparto di poteri stabilito da una costituzione, e l'eguaglianza dei cittadini, tanto nei carichi quanto nei diritti civili, al primo non mancava altro che d'esser messo in atto dall'Assemblea ...; per il secondo era stata prevenuta anche la discussione: una notte aveva supplito ad un lavoro di cui non si sarebbe potuta prevedere la durata ».

lita miseramente la reazione della Corte, emigrati i principali esponenti dell'aristocrazia conservatrice, capitolato il Re, la Francia rivoluzionaria si trova padrona della situazione politica interna in mezzo ad un'Europa che è ancora ben lungi dal mostrarsene preoccupata: a quali mai nuove 'circostanze' ci si può ora appellare per giustificare il prolungarsi di una Rivoluzione ormai trionfante su tutti i fronti?

Il problema si pone — ed è insolubile in maniera veramente soddisfacente — solo a chi pensa che il movimento rivoluzionario debba aver avuto una motivazione di ordine obbiettivo — quella, per esempio, di fondare l'egemonia borghese —; non a chi, come Manzoni, si è convinto della sua natura eminentemente sovrastrutturale. « La Rivoluzione — infatti — al punto dove era venuta, aveva in sè una doppia cagione di durata, indipendente dai fini per cui un miglioramento politico e sociale era desiderato dalla Nazione. Questa doppia cagione (e i fatti ci conducono sempre lì) era l'esser mancata una vera e efficace forza governativa e l'esser nata una forza faziosa e tumultuaria che, per motivo di quella mancanza, non poteva esser compressa, e, per la sua natura, non era certo disposta ad abdicare volontariamente » <sup>(159)</sup>.

Una risposta — si può ribattere — che è l'enunciazione di uno sbrigativo assioma politico (l'anarchia genera sempre e solo anarchia) più che il frutto di un'analisi di fatti positivi. Rilievo che è vero in parte, ma non del tutto.

È vero, ad esempio, che la presentazione dei 'quadri' di base della Rivoluzione, delle sue masse di manovra e delle loro correlative motivazioni culturali viene risolta da Manzoni richiamandosi ad un'antropologia astratta, costruita sviluppando i materiali forniti dall'individualismo sei-settecentesco, senza alcuna seria verifica storica — il che gli impedisce di cogliere l'essenzialità della componente libertaria, come dato originale e irriducibile del nuovo spirito rivoluzionario. Bisogna riconoscere tuttavia, che altri elementi del quadro risultano meglio focalizzati, e tra questi i problemi relativi al funzionamento della nuova macchina istituzionale progettata dalla Costituente. La mancanza di una « forza governativa » deriva dal fatto che l'Assemblea, dopo aver messo

---

<sup>(159)</sup> *Ibidem*, p. 527.

in ginocchio l'autorità tradizionale, si scopre strutturalmente incapace di surrogarne l'efficacia; e di ciò è così consapevole da costruirvi sopra la sua distinzione teorica tra potere legislativo ed esecutivo. La sua proposta presenta un profilo non dissimile dal programma del ceto parlamentare in rivolta dell'anno prima; nel candidarsi cioè ad una «sovrànità d'impedimento» più che d'azione positiva. La scelta di confinarsi entro i limiti di un potere legislativo il più possibile 'puro' — al punto di rifiutare senz'altro di intervenire in qualsiasi modo nella nomina e nella revoca dei ministri, anche dopo i fatti del 14 luglio — deriva non tanto dalla cieca fedeltà ad un nuovo, ipotetico credo costituzionale, quanto dalla incapacità dell'Assemblea dei filosofi di svolgere una vera attività politica, cioè di esercitare responsabilmente il potere, di fare il 'mestiere del Re': essa è il luogo in cui, attraverso una continua discussione, vengono enunciate delle verità, non quello in cui si assumono delle decisioni.

Se da un lato, allora, l'istanza di conservare il monarca nelle sue prerogative essenziali ci testimonia la continuità tra la Rivoluzione dell' '89 ed i 'pronunciamenti' delle aristocrazie progettati o attuati negli anni precedenti rispettando il vecchio schema costituzionale; quella stessa istanza si è però ormai trasformata in un progetto utopico, praticamente irrealizzabile ed ormai concettualmente contraddittorio: «col resistere alla dichiarazione del re [del 23 giugno], che, accettata, sarebbe stato il solo mezzo possibile (se dopo la giornata del *Jeu de Paume* ne rimaneva alcuno) di limitare l'autorità di lui, conservandola, l'Assemblea aveva annullata di fatto quella autorità» <sup>(160)</sup>. La costituzione del 1791 nasce da questo compromesso impossibile, che di fatto i deputati hanno già sconfessato nel momento in cui si sono ribellati al monarca; e Mounier, che ne sarà il primo e forse il più sincero teorico, già dopo le giornate di ottobre si renderà conto con orrore (ma ormai troppo tardi, come Manzoni gli rimprovera) dello sbaglio irreversibile che è stato commesso, ed abbandonerà il proprio mandato parlamentare dando così inizio all'esodo dei moderati nelle file della controrivoluzione.

---

<sup>(160)</sup> *Ibidem*, p. 535.

Dalle larghe smagliature di questo sistema politico nasce la seconda 'cagione' del prolungarsi spontaneo del moto rivoluzionario: l'interesse che una quantità di gruppi e di individui nutrono al perdurare di uno stato di anarchia generale, fecondo, per loro, di ogni sorta di opportunità straordinarie. In modo diametralmente opposto rispetto all'ideologia liberale classica — che, con Kant in testa, aveva individuato il carattere tipico e stupefacente della Rivoluzione nel 'disinteresse' dei suoi protagonisti <sup>(161)</sup>, che si espongono e si sacrificano in nome di un'idea assoluta — la Rivoluzione di Manzoni è invece il regno degli appetiti disordinati che si perpetua indefinitamente. Il suo radicalizzarsi non dipende affatto dalla necessità di rispondere alla minaccia controrivoluzionaria, ma costituisce semplicemente il naturale svolgimento di un processo di dissoluzione dell'ordine civile. Conclusione grottesca, forse, in cui lo storico reazionario sublima tutto il suo disprezzo retrospettivo prescindendo da ogni verifica concreta: ma conclusione feconda di una quantità di suggestioni, nel suo aperto rifiuto di tutti i clichés della storiografia tradizionale.

8. L'impressione globale che si ricava da queste pagine, alla fine della lettura, è che Manzoni, più che offrirci una storia della Rivoluzione, abbia voluto tracciare una critica al modo con cui l'Ottocento si è accostato ad essa, e l'ha interiorizzata nella propria coscienza. È in questa prospettiva che il saggio chiede di essere valutato, al di là di tutte le evidenti deformazioni che veicola.

Come ha rilevato Hannah Arendt <sup>(162)</sup>, il significato che ancor oggi comunemente attribuiamo al vocabolo stesso 'rivoluzione' non può esser fatto risalire oltre al 1789. Prima di questa data, infatti, la parola, usata preferibilmente al plurale, esprime ancora nell'ambito politico l'idea suggerita immediatamente dal suo ori-

---

<sup>(161)</sup> Cfr. per tutti il celebre saggio kantiano del 1798, *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, trad. it. in *Scritti politici* a cura di G. SOLARI, G. VIDARI, Torino, 1956, p. 218 ss.

<sup>(162)</sup> H. ARENDT, *Sulla Rivoluzione*, trad. it. Milano, 1983 (1ª ed. New York, 1963), cap. I.

ginario significato astronomico, quella di un'evoluzione ciclica negli assetti istituzionali, secondo il modello fissato a partire dall'antichità classica con Platone, Aristotele e Polibio. Carattere che essa conserva ancora, nella sua essenza, nel linguaggio politico del Seicento inglese, in cui continua ad indicare un moto di ritorno, la restaurazione di una condizione di partenza, il recupero di un assetto politico primitivo alterato da circostanze perturbatrici <sup>(163)</sup>.

Il concetto contemporaneo di rivoluzione si fonda invece sull'idea di una discontinuità, determinata dal fatto che l'assetto politico condendo si presenta ora, nella coscienza dei protagonisti, come qualcosa di artificialmente creato, e non più ricompreso in quell'inventario di formule 'naturali' codificato fin dall'antichità. L'avvento di questo nuovo concetto coincide così con la fine della concezione della storia come ciclo regolato dalla natura e tiene a battesimo la nuova struttura lineare del tempo storico.

Tale discontinuità, tuttavia, può essere individuata da due diversi angoli prospettici. Il primo, a carattere fortemente valutativo, definisce la rivoluzione tramite le coordinate offerte dall'esperienza storica complessiva degli ultimi due secoli, e vi vede lo strumento per adeguare i rapporti tra la società civile e lo Stato, cioè per rimettere 'al passo' l'edificio giuridico-istituzionale con i mutamenti della struttura sociale e con il nuovo quadro di valori da essa espresso (così che la rivoluzione sarà « altrettanto sicura » quanto l'inarrestabile sviluppo delle forze produttive) <sup>(164)</sup>. L'altro tipo di approccio, invece, prescindendo dal significato della rivoluzione nell'ambito della dinamica storica, si limita ad offrirne una definizione formale: la rivoluzione consiste nell'abbattere un ordinamento giuridico e nel sostituirlo con un altro at-

---

<sup>(163)</sup> Anche se indubbiamente il termine ha acquistato una specificità di significato politico che nei secoli precedenti non aveva avuto assolutamente (K. GRIEWANK, *Il concetto di rivoluzione nell'età moderna. Origini e sviluppo*, trad. it. Firenze, 1979 (1ª ed. Frankfurt, 1979), cap. VI). Questo autore stesso ricorda tuttavia come, prima del 1789, il vocabolo appartenga *in toto* al linguaggio degli storiografi o tutt'al più dei filosofi della politica: vi sono solo 'rivoluzioni' constatate *post factum*, nè vi è la consapevolezza di un nesso necessario tra rivoluzione e violenza, tra rivoluzione e guerra civile.

<sup>(164)</sup> K. MARX, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*, in *Opere*, cit., vol. X, Roma, 1977, p. 135.

traverso un procedimento non previsto dall'ordinamento previgente (165). La seconda nozione, com'è chiaro, ha un 'raggio' molto più stretto della prima, rappresentando essa soltanto il meccanismo tecnico-operativo di cui la rivoluzione nel primo senso si serve per realizzare il proprio disegno.

Ora: non c'è dubbio che lo storico ottocentesco della Rivoluzione francese assuma ad oggetto della sua analisi il *primo* dei due significati suesposti, quello con 'raggio' maggiore, dando conseguentemente per acquisito già in partenza che un progetto politico così 'rivoluzionario' (nel primo senso) come quello proposto dal pensiero illuminista, non poteva realizzarsi altro che attraverso una prassi di tipo 'rivoluzionario' (nel secondo senso), cioè abbattendo il vecchio ordinamento giuridico. « Definisco la Rivoluzione — scriveva Michelet aprendo la sua *Histoire* —: l'avvento della legge, la resurrezione del diritto, la reazione della giustizia » (166): l'essenza del fenomeno è chiaramente individuata in un adeguamento dei valori giuspolitici ad un nuovo modello etico, presentato oltretutto come assoluto (e del tutto estraneo al passato: il riferimento ad una *resurrezione* è divenuto puramente retorico). Il problema del 'come' questa resurrezione si sia verificata costituisce un fenomeno che non viene mai spiegato dallo storico in modo diretto, ma solo facendo riferimento alla incompatibilità profonda ed insuperabile che esiste tra vecchio e nuovo, tale da non consentire appunto alcun compromesso e da sfociare quindi in una 'rivoluzione'. Il carattere radicale di questa incompatibilità è assunto a sua volta assai spesso dagli storici ottocenteschi francesi come qualcosa di *a priori*: vi è incompatibilità *per definizione*, giacchè ai vecchi valori dell'antico regime, che hanno dalla loro solo la forza della storia e della tra-

---

(165) Così la già richiamata definizione di Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. Milano, 1966<sup>5</sup> (1<sup>a</sup> ed. Cambridge, 1945), p. 118). Su questo nucleo del concetto, che è e resta di natura giuridica, i politologi innestano poi altri elementi (essenzialmente, l'uso della violenza e la caratterizzazione teleologica del comportamento, che per essere rivoluzionario deve mirare a « profondi mutamenti nei rapporti politici, negli ordinamenti giuridico-costituzionali, e nella sfera socioeconomica » (così G. PASQUINO, *Rivoluzione, ad vocem* in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO e N. MATTEUCCI, Torino, 1967, p. 880).

(166) *Storia della Rivoluzione francese, Introduzione*, ed. cit., vol. I, p. 7.

dizione, vengono contrapposti dei valori assoluti (*la legge, il diritto, la giustizia*), fondati nella ragione universale, proprio secondo ciò che i rivoluzionari stessi avevano solennemente dichiarato nelle loro assemblee. Il lavoro dello storico consisterà semplicemente nell'avvalorare queste già inamovibili dichiarazioni di principio, dimostrando in maniera minuziosa e specifica la distanza infinita che separava la realtà storica del 1789 dal suo modello 'rigenerato'. La 'novità' e la specificità del fenomeno rivoluzionario consistono quindi per Michelet e per gli altri storici dell'Ottocento liberale nel suo ripartire da zero, nel suo 'rompere' con tutta la storia precedente: contrapponendo spesso la sua « grande rivoluzione d'idee » alle « piccole rivoluzioni d'interesse » già sperimentate nell'ambito del mondo anglosassone, Michelet rivendica con orgoglio il carattere inedito della vicenda francese nella storia del mondo.

Il tentativo di Manzoni consiste nel rovesciare questa impostazione, proponendo una storia della Rivoluzione intesa come fenomeno giuridico; cioè, non più una storia dell'adeguamento dei rapporti tra società e Stato, ma una storia dell'abbattimento e del tentativo di ricostruzione di un certo ordine giuridico: « esporre i fatti causali ... e considerarli dal solo lato del diritto, per osservar poi a quali conseguenze ha condotto l'averlo violato » <sup>(167)</sup> — ecco il vero scopo della sua impresa storiografica. Anche per Manzoni, quindi, la Rivoluzione è un fatto assolutamente nuovo sul piano storico: ma ciò molto più sotto il profilo della prassi politica e della mentalità collettiva da essa inaugurata che non guardando alla rottura effettiva rispetto al 'prima'. L'idea stessa che una rottura vi debba essere è, sì, una componente essenziale della nuova mentalità rivoluzionaria, ma non è detto che corrisponda necessariamente alla realtà effettuale — il compito dello storico consisterà appunto nel verificarlo —. Manzoni, per parte sua, è convinto che sul piano delle realizzazioni sostanziali gli elementi di continuità siano decisivi, come abbiamo visto più sopra: la Rivoluzione non ha affatto realizzato un universo del tutto nuovo, ma si è limitata ad attuare alcune tra-

---

<sup>(167)</sup> *La Rivoluzione francese*, p. 393.

sformazioni socio-politiche che con ogni probabilità si sarebbero prodotte lo stesso nell'arco di quei venticinque anni che essa ha 'rubato' alla storia — trasformazioni che cominceranno ad essere godute stabilmente solo a partire dal '14, « e per due mezzi i più antirivoluzionari che si possano immaginare: l'invasione di eserciti quasi tutti appartenenti a monarchi assoluti; e il ritorno della dinastia proscritta dalla Rivoluzione » (168). È proprio per questo che nella prospettiva manzoniana assume un risalto straordinario, invece, la grande novità *formale* introdotta dall'esperienza dell' '89: quel particolare tipo di comportamento politico, cioè, con cui si nega la validità di un ordinamento giuridico e lo si sostituisce con un altro. La vera, e certamente profonda discontinuità prodotta dalla Rivoluzione francese, consiste appunto nell'essere stata la prima 'rivoluzione' in senso moderno.

Per quanto il suo linguaggio approssimativo possa dar luogo a qualche incertezza d'interpretazione, Manzoni manifesta una consapevolezza molto chiara della vera differenza esistente tra la Rivoluzione francese e gli altri rovesciamenti di governi verificatisi in precedenza: « di tali casi, in altri luoghi e in tempi più o meno distanti, ne erano avvenuti diversi, e alcuni strepitosissimi. La violazione di convenzioni solennemente stipulate o riconosciute, la soppressione arbitraria e violenta d'istituzioni tutelari della giustizia e della libertà e proprietà dei cittadini, e gli atti oppressivi e all'occorrenza crudeli che sono l'accompagnamento naturale di tali imprese, erano state in varie parti dell'Europa e in una parte d'America, motivo di grandi rivoluzioni; rivoluzioni che, principiate per la difesa di antichi ordini, si potrebbero, riguardo alla loro origine, chiamare conservative; e che, vittoriose, trovarono in quegli ordini stessi un germe per la formazione di nuovi governi, i quali con svolgimenti e modificazioni occasionali e successive, sono durati un pezzo, anzi durano, e qualcheduno da secoli » (169). Tutte queste 'rivoluzioni', però, sono state condotte *in nome* del diritto positivo e non *contro* di esso, bensì contro la persona del governante accusato di averlo violato, contro colui che la dottrina giuspolitica tradizionale

---

(168) *Ibidem*, p. 463.

(169) *Ibidem*, p. 394.

definisce tecnicamente un ' tiranno '. « Nulla di tutto ciò nel caso di cui si tratta », in cui anzi « un re del paese, ... in un paese dove nè le leggi, nè le consuetudini mettevano alcun limite al suo potere assoluto, consentiva a limitarlo » <sup>(170)</sup>. Il gesto di abbattere un ordinamento giuridico per sostituirlo con un ordine nuovo, progettato artificialmente e non desunto dalla storia, è dunque sconosciuto del tutto all'esperienza precedente, che pratica la « seditio » ma non la ' rivoluzione '.

È la coscienza di questa specificità a suggerire a Manzoni l'idea fondamentale del suo saggio: quella di ricostruire tutta quanta la storia della Rivoluzione *dal suo interno*, attraverso una specie di fenomenologia del comportamento rivoluzionario che dovrebbe essere in grado, nel suo progetto, di spiegare esaurientemente ogni fase della vicenda senza necessità di ricorrere alla dottrina delle ' cause ' e delle ' circostanze '.

È vero, certo, che Manzoni, con tutto il suo moralismo, è ancora lontanissimo da un approccio di tipo sociologico — per questo occorrerà attendere Taine e soprattutto Cochin, che coniugherà il conservatorismo con la lezione di Durkheim —. Il nostro autore è ben più vicino, in realtà, alle prime generazioni dei reazionari ottocenteschi della cui lettura egli si nutre, dove il giudizio assiologico e la grande angoscia di fronte all'evento assorbono e soffocano la disponibilità alla comprensione. Eppure, la sua pur così carente prospettiva ha il pregio di evidenziare il grande, inquietante interrogativo eluso dall'interpretazione romantica, quello del *perchè* della Rivoluzione. A scoprire questa grossa falla è proprio il suo tanto criticato moralismo. Il quale, prima ancora di porsi come una deprecazione dell'accaduto, contiene la constatazione di un fatto storicamente significativo: che cioè un gesto così smisuratamente grave come quello di distruggere l'ordinamento vigente esulava da qualsiasi codice di comportamento fino alla fine del Settecento; e che per spiegarne la novità non si può continuare a battere sulla eccezionale radicalità della contrapposizione politica in atto — asserzione non solo pericolosamente pregiudiziale; ma anche incapace, una volta ammessa, di dar conto in modo rigoroso della rottura. Se l'uomo

---

<sup>(170)</sup> *Ibidem*.

dell'Ottocento, infatti, che ha ormai interiorizzato il concetto di rivoluzione, trova naturale farvi ricorso per risolvere gravissime situazioni di crisi <sup>(171)</sup>, chi può dare per certo che lo stesso possa valere per un uomo del secolo precedente, a cui quel tipo di esperienza era ancora sconosciuta? Solo conferendo al concetto di rivoluzione un'essenza metastorica si può esserne sicuri.

'Una rivoluzione è una rivoluzione', rilevano in coro tutti i critici del saggio —; 'come ci si può stupire e scandalizzare che il diritto positivo sia violato quando ciò costituisce proprio l'essenza di quel tipo di azione storica?'. In realtà, ci si *deve* stupire (anche se non scandalizzare, ed in questo la critica resta incontestabile), giacchè è la prima volta nella storia che accade qualcosa del genere. A rimanere intellettualmente impassibile (salvo commuoversene passionalmente) sarà solo chi ammette che il *tipo* venga prima dell'esperienza tipizzata, che l'universale preceda il concreto, che nessun comportamento debba essere inventato perchè il suo modello esiste da sempre *in rerum natura*.

Certo: appena suscitato il problema, Manzoni lo taglia gordianamente spostando tutto il discorso sul piano del giudizio morale, e convertendo l'indagine storica nella denuncia di quel *crimen inexplabile* costituito dalla rivolta contro il diritto <sup>(172)</sup>. Ma, com'è stato giustamente notato, il linguaggio manzoniano qui è ambivalente. Parlando di 'diritto' egli non si riferisce soltanto alla legalità in generale, ma anche e soprattutto alla legalità che egli vede storicamente vigente nel 1789, cioè all'unico tipo di legalità

<sup>(171)</sup> Già Kant si era accorto che «quell'avvenimento — cioè la Rivoluzione — è troppo grande, è troppo legato all'interesse dell'umanità ... perchè esso non debba ritornare, in qualsiasi ricorrere di circostanze favorevoli, al ricordo dei popoli, perchè non debba esser risvegliato al ripetersi di nuovi tentativi del genere» (*Se il genere umano sia in costante progresso*, cit., p. 223). Sulla mimesi dei rivoluzionari di tutti i tempi, perennemente condizionati dall'esempio francese dell' '89, ha richiamato l'attenzione la Arendt, in pagine assai note (*Sulla Rivoluzione*, cit., pp. 56-60).

<sup>(172)</sup> Da questo punto di vista, è difficile resistere alla tentazione di leggere il saggio in controluce alla critica kantiana della Rivoluzione — di cui comunque Manzoni recepirebbe soltanto il rovescio negativo, quello dell'angoscia di fronte al «suicidio» dello Stato, e non l'entusiasmo per l'erompere dei valori assoluti sulla scena della storia.

allora conosciuto, che trovava nell'immemorabile e nella tradizione il proprio fondamento <sup>(173)</sup>; una legalità assolutamente valida, a cui era estranea per definizione la discrasia tra norma positiva e norma naturale, tra essere e dover essere del diritto; ovvero, insomma, una legalità entro il cui orizzonte concettuale non esiste la possibilità di una 'rivoluzione'. È qui, allora, che il 'legalismo' svela la sua faccia più significativa sul piano del giudizio politico e storiografico. Come reazionario, Manzoni è ossessionato dall'idea che quel concetto di legalità, a cui era conaturata una sacralità assoluta, non possa più essere sostituito efficacemente da alcun altro tipo di legalità, fondata su diversi valori, e che la sua fine coincida con la fine della legalità *tout court* <sup>(174)</sup>; mentre soprattutto, come storico, egli propone di studiare la Rivoluzione francese mettendo da parte il ventaglio più o meno accidentale di 'cause' o di 'circostanze' che ne hanno segnato il corso, ed individuando invece in questo solo fatto nuovo e specifico, costituito dall'aperta sconfessione dell'antica legalità, l'elemento necessario e sufficiente per dar conto di tutta quanta la catena di vicende che seguiranno.

In primo luogo, quindi, si tratta di spiegare come questo nuovo tipo di prassi politica sia potuto scaturire da un retroterra che, per quanto ricco di germi di scetticismo e di dissacrazione, non aveva mai e poi mai prospettato l'eventualità di una effettiva e traumatica sostituzione di tutti i valori politici positivamente vigenti. A ciò ostava il carattere astratto e 'segreto' della

---

<sup>(173)</sup> NEGRI, *Manzoni e la Rivoluzione*, cit., p. 450.

<sup>(174)</sup> Questa, beninteso, è solo l'opinione implicita di Manzoni, condivisa da vari altri reazionari del primo Ottocento. In realtà, l'immagine della vecchia Francia come paese senza più costituzione, che ci hanno lasciato gli illuministi ed i rivoluzionari, è molto più esatta — e la crisi della vecchia legalità può essere fatta risalire al momento in cui il monarca ha preteso di porsi egli stesso come fonte di tutto il diritto oggettivo, distruggendo il dualismo tradizionale tra diritto e politica, e trasformandosi perciò in 'despote' (per tutti cfr. A. BIRAL, *La crisi della monarchia di diritto divino e il problema della costituzione*, in AA.VV., *Il concetto di rivoluzione nel pensiero politico moderno*, Bari, 1979, p. 15 ss.). Come abbiamo già segnalato, uno dei limiti principali dell'interpretazione manzoniana sta nel non riconoscere che lo stato effettivo di crisi non inizia col 1789, ma lo precede e di molto, anche se viene formalmente dichiarato solo con la Rivoluzione, che rappresenta, per parte sua, il tentativo di uscirne.

critica illuminista (per usare l'espressione di Koselleck), che pur auspicando continuamente una 'rivoluzione', non correlava affatto a questa parola l'idea di una sovversione radicale dell'esistente, tale da rendere preventivamente una guerra civile, ma vi leggeva un rivolgimento di carattere pacificamente progressista e del tutto indolore, conformemente alla sua concezione della storia come solare cammino verso un perenne miglioramento (175).

Manzoni si è posto il problema, come abbiamo visto, con una consapevolezza non comune tra gli storici dell'Ottocento, e l'ha risolto rilevando che all'inizio una vera coscienza rivoluzionaria era del tutto assente nei rappresentanti del Terzo stato, i quali originariamente avevano puntato molto più ad una « *rigenerazione dello Stato* » in senso tradizionale, ad una *rifondazione*, cioè, dell'ordine esistente, che non ad una sua sovversione. « Coll'opporre ad un atto sovrano del re una loro propria sovranità, i Comuni non dichiararono punto, e nemmeno intesero di distruggere il governo del re, che allora era il governo della Francia: lo fecero, immaginandosi di fare un'altra cosa, cioè di semplicemente temperarlo ... I Comuni avevano inteso e creduto di non distruggere altro che il potere assoluto e arbitrario del governo regio; e l'approvazione generale veniva egualmente dall'immaginarsi che non avessero fatto altro » (176). L'equivoco in cui essi caddero fu prodotto dalle armi ideologiche nuove ed insospettabilmente taglienti di cui si servirono nel corso della battaglia del maggio-giugno contro il monarca e l'aristocrazia: una battaglia che, per quanto dura, nella loro consapevolezza era ancora circoscritta entro lo spazio politico tradizionale. « Ciò che servirebbe a dimostrare sempre più, se ce ne fosse bisogno, che l'Assemblea non intese di distruggere il governo, e non si avvide d'averlo distrutto, è che non pensò a sostituirgliene un altro nè stabile, nè temporario, come è accaduto, sto per dir sempre, dove e quando, o a diritto o a torto, ma scientemente e ad occhi aperti, è stato distrutto un governo » (177). Solo a poco a poco, ed a loro stesse spese, i

---

(175) R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, trad. it. Bologna, 1972 (1ª ed. Freiburg-München, 1959), cap. III.

(176) *La Rivoluzione francese*, p. 413.

(177) *Ibidem*, p. 417.

deputati del Terzo si accorgeranno non solo di aver liquidato un governo, ma di aver scosso in modo irreversibile le basi dell'ordine sociale. I veri rivoluzionari, quelli finalmente auto-consapevoli, saranno solo gli uomini della Convenzione e del Terrore, i quali comunque si troveranno a prendere atto di una rottura già avvenuta storicamente, ed accetteranno soltanto di aderire ad un *cursus* storico ormai aperto e ben tracciato, assecondando quella misteriosa « force des choses » (per usare una delle espressioni-chiave del linguaggio di Saint Just) posta inopinatamente in moto nel 1789.

La meccanica di questa 'rivoluzione involontaria' è così essenzialmente ricondotta alla crisi del vecchio concetto di diritto. La distruzione della *Grundnorm* dell'antico ordinamento provoca il dilagare dell'anarchia in una società già profondamente frammentata; un'anarchia a cui non si può più opporre nè il potere tradizionale, oramai delegittimato <sup>(178)</sup>, nè quello nuovo, il quale trae proprio da essa la sua legittimazione <sup>(179)</sup>. La Rivoluzione di Manzoni trova così la sua identità e la ragione della sua lunga durata in questo spirito di trasgressione vissuto come protagonismo politico: i nuovi capi saranno accettati solo in quanto siano disposti a riconoscere ed a perpetuare il meccanismo della trasgressione legittima, assecondando le tendenze conformistiche ed i miti collettivi che esso tende a produrre nelle masse.

Certamente, si tratta di una 'metafisica' della Rivoluzione, che una volta ridotta ai suoi termini essenziali rivela tutto il proprio semplicismo.

Il che però non ci autorizza ancora a concludere nel senso di un 'frintendimento' della Rivoluzione, cioè di una svalutazione totale dell'opera di Manzoni di fronte a quella dei 'veri' storici

---

<sup>(178)</sup> « Difatti qual forza poteva avere il governo d'un re, il resistere in viso al quale, nella più espressa e solenne manifestazione della sua autorità, era parso un diritto ed era stato un trionfo? » (*La Rivoluzione francese*, p. 415).

<sup>(179)</sup> Pur disprezzando intimamente l'oscura e minacciosa forza popolare che di fatto la sostiene, l'Assemblea nazionale si limitò a salvare « fino a un certo segno, il suo decoro e il rispetto delle forme », ma non potè mai « rimandar malcontenti gli inviati del *Palais Royal*, al quale in fondo obbediva, e dove avrebbe corso il pericolo di essere ad alte grida chiamata aristocratica » (così in una variante al testo: ed. cit., p. 790).

ottocenteschi della tradizione romantica — per tanti aspetti non meno aprioristici e schematici —. La verità è che la stroncatura del saggio manzoniano da parte della critica dipende in gran parte da un attaccamento feticistico al vecchio dogma della necessità storica; il quale non solo è apertamente sconfessato nel saggio, ma ne costituisce in qualche modo *il principale obbiettivo polemico*.

9. È ora infatti di chiedersi finalmente quale sia stata la ragione profonda che ha irresistibilmente indotto Manzoni a dedicare tutti gli ultimi, silenziosi anni della sua vita allo studio della Rivoluzione, e quale sia il senso di questo punto d'arrivo del suo itinerario culturale.

Del suo primitivo significato astronomico — ci ricorda ancora la Arendt <sup>(180)</sup> — il vocabolo 'rivoluzione' non ha trasferito soltanto, nel linguaggio politico dell'Ottocento, l'idea della conclusione di una fase storica e dell'inizio di nuova era, ma anche quella di un moto inarrestabile quanto quello degli astri. La Rivoluzione ha offerto per la prima volta, nell'arco dei suoi brevi anni convulsi, la sensazione di un movimento violentissimo e inarrestabile (ancorchè del tutto impreveduto), largamente autonomo dalla volontà e dalla consapevolezza dei suoi protagonisti, i quali vi partecipano e vi muoiono per partorire un futuro assai diverso dalle loro previsioni. È la scoperta di questo completo dominio dei fatti sugli uomini ad aver generato indirettamente la mentalità storicistica, cioè la convinzione che la personalità umana sia un prodotto integrale della storia, non apprezzabile al di fuori di essa <sup>(181)</sup>. Il contemporaneo, definitivo abbandono della vecchia concezione ciclica dei fatti sociali, rimpiazzato dalla fede in un tempo lineare, ha compiuto l'opera, partorendo il nuovo concetto della storia come svolgimento (che nella sua forma più perfezionata si configura come svolgimento dialettico): il concetto, cioè, di un divenire strutturalmente affrancato dall'idea

---

<sup>(180)</sup> *Sulla Rivoluzione*, cit., p. 50 ss.

<sup>(181)</sup> Assumendo il concetto di storicismo nel senso definito da Croce: « l'affermazione che la vita e la realtà è storia e nient'altro che storia » (*La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1943<sup>4</sup>, p. 51).

della sconfitta e del regresso, impegnato com'è in un eterno superamento delle proprie contraddizioni: « un fatto che sembri meramente cattivo — scriverà Croce —, un'epoca che sembri di mera decadenza, non può essere altro che un fatto *non storico*, vale a dire non ancora storicamente elaborato, non penetrato dal pensiero, e rimasto preda del sentimento e dell'immaginazione »<sup>(182)</sup>.

Croce ha perfettamente ragione di sostenere che Manzoni si colloca in una posizione di totale distonia rispetto al nuovo credo storicistico; e ha ragione soprattutto contro tutti coloro che, impegnandosi in un recupero della storiografia manzoniana, l'hanno voluta omologare forzatamente al modello romantico, col quale in realtà condivide solo alcuni caratteri estrinseci<sup>(183)</sup>: l'ammonimento più evidente che egli ci ha lasciato attraverso

---

<sup>(182)</sup> *Teoria e storia della storiografia*, Bari, 1917, p. 77. È indubbio che nella sua essenza elementare questo tipo di convinzione cominci a prender forma nel torno di anni susseguenti alla Rivoluzione: quelli in cui il De Maistre delle *Considérations sur la France* riconosce che il giacobinismo è stato necessario alla salvezza della Francia ed all'ormai prossimo trionfo definitivo della monarchia, mentre la storiografia liberale recupera il Terrore come unico strumento atto a salvare l'opera dei « sages réformateurs » dell' '89, e soprattutto Hegel, superando la logica del ' punto di vista ', conservatore o rivoluzionario che sia, saluta nella Rivoluzione un momento fondamentale nella storia dello spirito assoluto (su quest'ultimo tema cfr. per tutti C. CESA, *Hegel e la Rivoluzione francese*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, XXVIII (1973), p. 175 ss., ora in *Hegel filosofo politico*, Napoli, 1976, p. 53 ss., e G. DUSO, *Rivoluzione e legittimazione in Hegel*, in *Il concetto di rivoluzione*, cit., p. 139 ss.).

<sup>(183)</sup> Cfr. soprattutto SANSONE, *Saggio sulla storiografia manzoniana*, cit., p. 53 ss.: Sansone elenca, tra i caratteri dello storicismo romantico che sarebbero presenti nell'opera manzoniana, il suo rifiuto della storia ' universale ' tipica del cosmopolitismo illuminista, l'importanza attribuita all'erudizione (che emerge in piena luce nella polemica con Romagnosi), l'ossequio e il rispetto della tradizione, la religione del diritto (che lo avvicina a Savigny e che spesso ha fatto pensare ad un'influenza di quest'ultimo su di lui). Queste ed altre osservazioni servono certamente a misurare la distanza che separa il nostro autore dagli storici razionalisti del secolo precedente, ma non sembrano ancora sufficienti a localizzare con esattezza Manzoni nel panorama della storiografia ottocentesca. Lo stesso Sansone, del resto, ammette che il concetto di svolgimento è assente dalla storiografia manzoniana, anche se, a suo dire, esso si troverebbe espresso e risolto in forma poetica nel romanzo (il che, anche se fosse vero, equivarrebbe appunto a riconoscere che tale concetto è privo, in Manzoni, di un consapevole spessore scientifico-filosofico).

tutta la sua opera è quello di non credere al grande dogma dello svolgimento storico, pietra angolare della storiografia ottocentesca. Il limite della critica di Croce — che credendo di accostarsi a Manzoni come suo storico, si poneva in realtà di fronte a lui molto più come un avversario — consiste nell'aver letto in quello che era un ammonimento consapevole e meditato l'incomprensione di un attardato, la deviazione intellettuale di un poeta e di un moralista. Riconoscendo a Manzoni dignità di 'vero storico' solo per alcune tesi del *Discorso sopra alcuni punti della storia longobardica*, in cui saluta la nascita della corrente storiografica neoguelfa, egli recupera semmai la parte irrimediabilmente perenta dell'opera manzoniana, dovuta a cedimenti di cui nel romanzo e nei due saggi storici successivi non si trova più alcuna traccia (184).

La verità è che Manzoni — sensibile alla continua tentazione giansenista, ed al suo divorzio tra mondo dei valori e mondo della storia, ma capace al tempo stesso di resistere al suo invito ad una fuga escatologica — si è trovato in una posizione privilegiata per recuperare l'antica intuizione agostiniana della dinamica della storia; quella stessa intuizione che dal Medioevo in poi la cultura cristiana aveva smarrito, confondendo il destino della Chiesa temporale con quello della Chiesa come comunità universale dei credenti (185). A differenza del tempo monodimensionale e « spazializzato » caratteristico della cultura ottocentesca, quello di Manzoni è tornato ad essere un tempo complesso, o « ambivalente », per usare un'espressione di Marrou (186): una sto-

---

(184) *Storia della storiografia italiana*, cit., vol. I, cap. IV. Il recupero della funzione 'progressista' svolta dal papato nel corso dell'alto medioevo costituisce, del resto, soltanto una delle tesi del *Discorso*, e forse neppure la più caratterizzante; essa, in ogni caso, non può acquistare alcun rilievo centrale nell'opera complessiva di un deciso anticurialista come Manzoni (sul tema dei suoi rapporti con le istituzioni ecclesiastiche, dopo le illuminate pagine di A. C. JEMOLO, *Il dramma di Manzoni*, Firenze, 1973, cfr. ora F. MARGIOTTA BROGLIO, *Ancora sulla « religione » di Alessandro Manzoni: spigolature anticurialiste*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, Perugia, 1984, p. 189 ss.).

(185) Cfr., sul punto, le osservazioni di H. I. MARROU, *Teologia della storia*, trad. it. Milano, 1969 (1ª ed. Paris, 1968), p. 21 ss.

(186) Che la applica alla concezione agostiniana (cfr. J. I. MARROU, *L'ambivalence du temps de l'histoire chez Saint Augustin*, Montréal, 1950), per riproporla

ria fatta di altre 'storie', che si svolgono su piani paralleli, ciascuna regolata da un proprio codice. Questa pur antica prospettiva, che il romanzo ci propone in una sua affascinante trascrizione poetica, veicola un preciso messaggio per lo storico. L'eterna esigenza di attribuire un 'senso' alla storia, di individuarne il significato complessivo, viene sublimata nell'itinerario verso la *civitas dei* — lineare e progressivo, ma per definizione *misterioso* nei suoi rapporti con gli eventi umani: tale da sfuggire appunto ad ogni indagine o ricostruzione condotta con strumenti empirici. L'oggetto della conoscenza storica si circoscrive quindi alla sola vicenda della *civitas* terrena, come storia della convivenza umana che, non costretta più a sopportare il peso di significati trascendenti, si svolge al di fuori di ogni binario obbligato, di ogni meccanica interna determinabile univocamente: la stessa, notissima recezione manzoniana di Bossuet risulta limitata all'aspetto 'negativo' del suo pensiero, al rilievo, cioè, della distorta coscienza che i protagonisti hanno delle loro azioni nel momento che le compiono, ma non si estende certo alla fiducia bossuetiana di poter ricostruire il segreto disegno del tempo fondandosi sulla scrittura <sup>(187)</sup>.

Il tema centrale di questa esperienza collettiva empiricamente apprezzabile è ancora quello caro a tutto il pensiero sei-settecentesco moderno: il problema cioè di costruire e mantenere durvolmente un ordine 'esterno' muovendo da un'antropologia individuale realisticamente pessimistica, in cui la ragione tende ad essere continuamente soggiogata dal senso.

Che Manzoni, collocandosi entro questo quadro di riferimento, aderisca ad una sorta di pessimismo radicale, come spesso si sostiene, sembra certamente falso, giacchè egli non manca mai di mostrarsi consapevole delle grandi conquiste politiche, sociali e civili compiute nell'ambito dell'ultimo secolo. Solo che lo schema

---

subito dopo, però, sotto la suggestione di Bergson, all'attenzione immediata dello storico contemporaneo, come criterio e programma di lavoro.

(187) Sul punto F. ULIVI, *Il romanticismo di Alessandro Manzoni*, Milano, 1965, p. 151; da Bossuet Manzoni ha mutuato il concetto dell'imperscrutabilità della storia, come « novero materiale di eventi », e non « serie di casi organicamente spiegabili », mentre ha lasciato completamente cadere il greve finalismo provvidenzialistico del *Discours sur l'histoire universel*.

teorico da lui adottato contempla l'eventualità che la società possa dissolversi, teme il regresso, è cosciente del rischio continuo di una sconfitta: la responsabilità della vicenda collettiva ricade interamente sulle spalle degli uomini che la vivono.

In tutto ciò, certo, si può vedere un attardamento di Manzoni su posizioni ancora vagamente giusnaturalistiche; ma si può anche leggergli — come qualcuno non ha mancato di proporre <sup>(188)</sup> — il suo disprezzo per l'ottimismo volgare di tanti suoi contemporanei, la sua capacità di guardare in faccia il reale, di vederlo nella sua perpetua precarietà nominalistica, conservando sempre la coscienza che ogni civiltà può finire e che il cammino dell'uomo non è affatto, necessariamente, « dal bene al meglio » <sup>(189)</sup>. Il che — beninteso — non vuole costituire un tributo al mito ingenuo di Manzoni-grande-storico-incompreso-del-nostro-Ottocento, ma semplicemente aiutare a comprendere meglio il suo atteggiamento nei confronti della Rivoluzione francese.

La specificità della sua critica all'evento rivoluzionario consiste nel fatto che egli si rifiuta di generalizzare quella particolare concezione del tempo che la Rivoluzione stessa ha partorito, e che influenzerà durevolmente la mentalità del secolo XIX. La 'schiaività' dei rivoluzionari e dei loro avversari rispetto al loro destino, che costituisce per l'Ottocento la rivelazione dell'intrinseco modo di essere della storia <sup>(190)</sup>, nel discorso di Manzoni viene spiegata come la conseguenza di una situazione assolutamente inedita fino ad allora, che per la sua stessa, particolarissima natura, imbriglia la libertà dei protagonisti entro uno schema di comportamento obbligato, e li conduce verso approdi sconosciuti, a dispetto del loro stesso volere.

Costretto a vivere la propria storia come una dialettica continua di rivoluzioni e controrivoluzioni, il secolo XIX si costruirà

---

<sup>(188)</sup> Si pensi soprattutto al già citato intervento di Aldo FERRABINO, *La storiografia*, pp. 134-137.

<sup>(189)</sup> Come ancora una volta, invece, afferma la dialettica storica crociana: *Teoria e storia della storiografia*, cit., p. 75. Per contro si pensi, nell'ambito della riflessione storica del nostro secolo, al ruolo centrale che il fenomeno della disgregazione delle civiltà tende a riassumere nel pensiero di storici come Toynbee, che finiscono così per tornare ad una specie di concezione ciclica del divenire.

<sup>(190)</sup> Cfr. ancora ARENDT, *Sulla Rivoluzione*, cit., p. 53.

un'immagine del tempo che ubbidisce a questa scansione indisponibile, e, senza rinunciare al proprio ottimismo, si abbandonerà fiducioso nel suo abbraccio. Rispetto a questa nuova sensibilità, il saggio di Manzoni suona come un monito: non è il tempo a trasportare gli uomini e a decidere per loro, bensì quel particolare modo di vivere il tempo condizionato dalla dinamica rivoluzionaria — sia essa in atto, o presente solo in forma di ectoplasma nella coscienza dell'intellettuale ottocentesco.

Negare, dunque, che la rivoluzione costituisca una forma privilegiata ed esemplare di azione storica per restituirla invece alla sua dimensione di esperienza concreta, di 'fenomeno' storico specifico, rappresentandola in tutta la contingenza del suo primo prodursi; ciò significa per il vecchio Manzoni chiudere idealmente il cerchio della sua vicenda intellettuale, rivendicando un'ultima volta quella assoluta e terribile libertà di scegliere che caratterizza la condizione umana nell'ambito della storia. Nell'atto di colpire al cuore quello che è uno degli elementi più caratteristici dello spirito del suo secolo — la mentalità storicista e la fede nel progresso che ad essa si è intimamente associata —, egli conferma la propria fisionomia decisamente settecentesca. E se Croce, in questo, ha visto giusto, non ha però percepito la vitalità auto-consapevole del discorso manzoniano, considerandolo come il prodotto culturalmente tardivo di un'anima candida, e cogliendo anzi l'occasione per rivolgere a Manzoni una lunga lezione postuma di teoria storiografica.

In realtà, il vero 'rimprovero' a cui Manzoni si espone è quello di aver condotto così oltre il suo sforzo di demitizzare la Rivoluzione, da esser caduto vittima di un altro mito, di segno contrario rispetto ai profili apologetici della storiografia liberale, ma non meno invadente e pericoloso: quello della Rivoluzione come catastrofe perenne, che di lì a poco informerà di sé tutta quanta l'opera di Taine e si inciderà profondamente nel pensiero di Burckhardt (191).

---

(191) Il quale ultimo, dopo aver rilevato la sorprendente modestia dei risultati conseguiti dalla Rivoluzione a fronte dei grandi sforzi prodigati durante la crisi, definiva come « epoca rivoluzionaria » l'intera storia europea successiva al 1789: definendo la rivoluzione attraverso il concetto puramente negativo di « crisi ».

La felice vicenda risorgimentale che Manzoni si è imposto di celebrare entusiasticamente non cancella nel lettore del saggio il senso di un grande disastro incombente, di un processo di disgregazione forse inarrestabile e già in atto da tempo. Al pari di molti suoi contemporanei, egli vede nella rivoluzione un processo indefinito, di cui non si riesce a cogliere il termine *ad quem*. Se il dramma della vita collettiva è costituito veramente — come il romanzo e la *Colonna infame* ci attestano — dalla continua tendenza dell'umanità a trasgredire le regole che essa stessa elabora faticosamente per ordinare il caos della storia, per vincere la scommessa della convivenza contro le infinite tendenze centrifughe delle monadi individuali; la rivoluzione, allora, le ha offerto il meccanismo che le consente di legalizzare la propria incontinenza, di rendere 'morale' il suo eterno impulso trasgressivo, 'santificando' la violazione del diritto. Prima dell' '89 la regola di diritto, per quanto potesse essere generalmente calpestata (il Seicento ne è il paradigma), restava intatta nella sua essenza formale, e lasciava nel trasgressore stesso la coscienza univoca della propria colpa. La rivoluzione, invece, nega la norma proprio in quanto tale: nel concetto di rivoluzione come abbattimento legittimo del diritto, l'umanità finisce per coronare la propria aspirazione ad un'assoluta entropia. La rivoluzione non è una forma di mutamento, ma una forma di disgregazione, un vero 'buco nero' che rischia di inghiottire tutta la storia.

Si tratta, com'è ovvio, di una deformazione prospettica dovuta ad un intelletto profondamente conservatore. L'esperienza storica successiva (già ampiamente anticipata del resto dalla stessa Rivoluzione francese, come noterà Tocqueville) attesta abbondantemente che le rivoluzioni sono eventi rari e puntuali; che lungi dall'indebolire l'autorità e dal disgregare il corpo sociale, ritemprano la prima e reintegrano potentemente il secondo, rinnovando il suo modello d'identità collettiva; che dalla convulsione rivoluzionaria emerge di solito un ordine socio-politico con-

---

egli perviene quindi a caratterizzare tutta la storia contemporanea come l'era della precarietà strutturale di ogni assetto sociale (J. BURCKHARDT, *Considerazioni sulla storia mondiale*, trad. it. Milano, 1945 (1<sup>a</sup> ed. Stoccarda, 1903), p. 155 ss.).

servatore e conformista; e che in particolare, per quanto riguarda la Rivoluzione francese, la sostituzione di una forma di legittimazione politica di tipo «razionale» a quella di tipo «tradizionale» previgente (per usare la terminologia weberiana) non ha per niente segnato la morte del concetto di norma giuridica, ma ne ha anzi rinnovata l'essenza attraverso un efficacissimo fattore di validazione.

Manzoni ha colto dunque la storicità del fenomeno rivoluzionario nel suo momento genetico, ma è rimasto prigioniero dell'idea che il suo ingresso nella storia abbia introdotto un'alterazione profonda ed irreversibile nella stabilità degli assetti sociali: la sua rivoluzione è una forma di comportamento storico che, a dispetto delle sue origini relativamente fortuite, tendendo per sua natura a prolungarsi *en permanence* — come diceva Proudhon —, dispiega una forza capace di ipotecare tutto il futuro. Alla rivoluzione come 'genesi' si è quindi sostituita la rivoluzione come apocalisse, come stadio potenzialmente terminale della civiltà.

Non è un caso che Manzoni abbia ricostruito soltanto l'inizio della Rivoluzione francese: il problema di come «terminare la Rivoluzione», che sul piano politico aveva già costituito l'ossessione comune a quasi tutti i rivoluzionari, gli si ripropone intatto a livello storiografico, e diventa il limite invalicabile della sua capacità di comprensione dell'evento. È proprio l'incompiutezza del saggio — un'incompiutezza di natura molto prima concettuale che materiale — a restituire alla Rivoluzione il suo carattere metastorico e mitico: quello di una tragedia infinita, di una ferita irremarginabile sulla pelle della storia\*.

---

\* L'autore si rammarica di non aver potuto utilizzare, nella redazione del presente saggio, due significativi contributi di François Furet aventi ad oggetto la storiografia rivoluzionaria (*Marx et la Révolution française*, Paris, 1986, *La gauche et la Révolution au milieu du XIX siècle*, Paris, 1986), la cui pubblicazione è intervenuta in corso d'opera.

*La dimensione giuridica*



JESÚS LALINDE ABADÍA

## ESPAÑA Y LA MONARQUÍA UNIVERSAL

(en torno al concepto de « Estado moderno »)

1. *La conveniencia de « despejar » el tema historiográficamente.* — 1.1. La confluencia de estudiosos de diversa procedencia disciplinar y nacional. — 1.2. La prioridad de la realidad política sobre la ciencia política en la conceptualización doctrinal. — 2. « Estado » y « Estado moderno » como objetivos previos de una depuración terminológica. — 2.1. La confusa significación de « estados », como estructura política, en la doctrina europea de los siglos XVI y XVII. — 2.2. La anacronicidad de la expresión « Estado moderno ». — 2.3. Los términos coetáneos españoles en la denominación genérica de la comunidad política. — 2.4. La verdadera significación coetánea española del término « estado »: el grupo social en el ámbito interno, y la función de conservación e incremento del poder real, en el ámbito internacional. — 3. *La naturaleza no estatal de la monarquía hispánica en los siglos XVI y XVII.* — 3.1. La ausencia de base nacional unitaria. — 3.2. La subsistencia radicalizada de la organización estamental de la sociedad. — 3.3. La simbiosis con el poder eclesiástico. — 3.4. El fin ético del poder. — 3.5. La insuficiencia e irresponsabilidad del aparato de poder. — 3.6. La ausencia de monopolización de la defensa y el orden público por el poder político. — 4. *La Monarquía española universal o imperial, como elaboración política castellana.* — 4.1. La transitoriedad en el acceso de los reyes españoles a la dignidad imperial. — 4.2. La impracticabilidad de un Imperio español. — 4.3. La posibilidad de sustituir el Imperio con una Monarquía universal o imperial. — 4.4. La elaboración política castellana del concepto de Monarquía española e Imperio de Indias. — 4.5. La calificación de la Monarquía española como « Monarquía Católica », tras la ruptura de la Cristiandad europea. — 5. *La frustración jurídica de la Monarquía española, por carencia de unidad nacional.* — 5.1. La realidad institucional de una Monarquía coordinadora de reinos y señoríos o estados, como forma pluralista coordinada de poder, con tendencia expansiva religiosa. — 5.2. La divergencia de fórmulas de gobierno y de sistemas jurídicos en las Coronas de Castilla, Aragón y Navarra. — 5.3. La actitud política antiespañola de los reinos y principados. — 5.4. Las guerras cuasi civiles de Secesión, y el aplazamiento de la solución militar al conflicto.

## I. LA CONVENIENCIA DE « DESPEJAR » EL TEMA HISTORIOGRÁFICAMENTE.

A la hora de abordar el tema de la estructura política de España en los siglos XVI y XVII, se experimenta la conveniencia de « despejar » el tema historiográficamente. Utilizando el término « despejar » en sentido análogo al que tiene en matemáticas, ello significa pasar la obra historiográfica a uno de los dos términos de una hipotética ecuación, y dejar la interrogante, aislada, en el otro término.

### I.1. *La confluencia de estudiosos de diversa procedencia disciplinar y nacional.*

La conveniencia de « despejar » historiográficamente, obedece a la confluencia de estudiosos de diversa procedencia disciplinar y nacional. Hay temas que no trascienden de las fronteras de un país o de los cuadros de una especialidad, y, entonces, se produce una cierta homogeneidad historiográfica. Esto no sucede así en el caso presente. Naturalmente, dentro de los que se han ocupado del tema, hay muchos de nacionalidad española, pero también hay abundantes franceses <sup>(1)</sup>, ingleses <sup>(2)</sup>, alemanes <sup>(3)</sup>, y de otras nacionalidades <sup>(4)</sup>. Dentro de los historiadores de nacionalidad española, el tema atrae, tanto a los de los territorios, que podríamos llamar centrales, como a los de los territorios periféricos <sup>(5)</sup>. Por otra parte, es muy diversa la procedencia disciplinar, es decir, el campo de precedente atención de esos histo-

---

(1) En especial, los componentes de la llamada « escuela total », desde uno de sus fundadores, Lucien Febvre, hasta la figura más respetada en la actualidad, Ferdinand Braudel.

(2) Incluso, relacionados entre sí, por discipulazgo, como es el caso de Elliot, respecto a Koenigsberger.

(3) Basta recordar uno de los grandes mitos historiográficos, como es el caso de Leopoldo von Ranke.

(4) Es el caso de los belgas, como el otro gran mito historiográfico, que es Henri Pirenne.

(5) Entre los últimos hay que citar a Ferrán Soldevila y a Jaume Vicens Vives.

riadores. Podemos encontrar cultivadores de la política (6), de la teoría política (7), de la historia general (8), de la historia social (9), de la historia del Derecho (10), de la filología (11), o de la historia de la filosofía (12).

Esta confluencia de estudiosos es beneficiosa desde el punto de vista del análisis, indudablemente, enriquecido. Posiblemente, no lo es tanto, desde el punto de vista de la síntesis y de las conclusiones, sobre todo, en cuanto gran parte de los autores atienden más al análisis que a la síntesis, y es difícil, concluir qué es lo que defienden, o por qué lo defienden. Hay ocasiones, en que puede pensarse que sostienen más de una postura.

Dada la diversa procedencia nacional de la historiografía, hay que tener en cuenta el inevitable «nacionalismo» (13). Este se halla muy presente en los españoles, aunque de diversa manera, según su condición de españolidad (14), pero es muy intenso en los franceses (15), y no deja de encontrarse en los de otras nacionalidades (16).

(6) P.e., Cánovas del Castillo.

(7) Cabe mencionar entre los actuales a Enrique Tierno Galván y a Luis Sánchez Agesta.

(8) Son los más, aparte de que hoy ya es difícil hablar de historiadores «generales», a la manera antigua.

(9) Entre los actuales, se puede citar a Antonio Domínguez Ortiz, y, en especial, a José Antonio Maravall.

(10) El autor más especializado es, sin duda, Juan Beneyto.

(11) Es de recordar la figura muy prestigiosa de Ramón Menéndez Pidal, aunque la obra de éste pertenezca a un período, en el que el autor se dejó influir poderosamente por la atmósfera política de su época.

(12) Es el caso de José Luis Abellán.

(13) El tema me preocupa bastante, como lo demuestran mis intervenciones en un coloquio, organizado en Barcelona por la Universidad Autónoma, y en el Primer Congreso Internacional de Historia de la Historiografía, celebrado en Montpellier.

(14) Puede hallarse en tesis encontradas de Ramón Menéndez Pidal y de Jaime Vicens Vives, el primero, en cuanto «español», y el segundo, en cuanto «catalán», además de español.

(15) Vid. Fernand BRAUDEL, *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, cap. IV. Para Braudel, Francia frustra su carrera imperial por las circunstancias pero también «por culpa de su temperamento, de su prudencia, de su gusto por las cosas seguras, de su horror a lo arriesgado y a lo grandioso». Me gustaría sa-

1.2. *La prioridad de la realidad política sobre la ciencia política en la conceptualización doctrinal.*

Si influye mucho la diversidad nacional de la historiografía, también lo hace la diversidad disciplinar, y, dentro de ésta, la corriente ideológica y metodológica. No tengo ningún reparo en reconocer que sobre mí pesará mucho mi condición de español, pese a que haga todo lo posible por contrarrestarlo <sup>(17)</sup>, como también, sobre todo, mi preparación de iushistoriador. Precisamente, en función de esto último, defendiendo la prioridad de la realidad política sobre la ciencia política en la conceptualización doctrinal.

Probablemente, la historiografía de mayor peso en el tema, es la que trabaja con base en la ciencia política coetánea de los hechos <sup>(18)</sup>. Está integrada, sobre todo, por autores procedentes de lo que llamamos historia general o política, pero comprende también a juristas, en este caso, a los dedicados al estudio del Derecho político <sup>(19)</sup>, no dejando de haber algún representante de los iushistoriadores <sup>(20)</sup>. Este método, desde mi punto de vista,

---

ber de donde obtiene Braudel esas virtudes francesas, al tiempo que niega que España sea el gran personaje de la historia de Carlos V, y que Alemania sea el puntal de su política.

<sup>(16)</sup> Maravall lo ha detectado en Ranke: es curioso que un historiador marxista, como Perry Anderson, y que no respeta congruentemente la historiografía capitalista, lo haga, sin embargo, con Holdsworth, cuando se trata de explicar lo inglés.

<sup>(17)</sup> Lo he demostrado, por ejemplo, al analizar la segunda escolástica o escolástica española, o al caracterizar los sistemas normativos españoles.

<sup>(18)</sup> El autor más destacado es José Antonio Maravall. Aunque aquí voy a defender tesis divergentes, y hasta contrarias, el lector comprobará que un tanto por ciento muy elevado de la información, la debo a la ingente obra del citado autor. La diferencia de opinión no excluye el alto aprecio de la referida obra.

<sup>(19)</sup> Recuérdese la nota 7. Los estudios de Tierno se centran más en la literatura política, en tanto, los de Sánchez Agesta se acercan más al estudio institucional.

<sup>(20)</sup> Recuérdese la nota 10. Como en el caso de Maravall, a Beneyto debo un tanto por ciento muy apreciable de la información, así como algunas de las ideas expuestas. Sin embargo, las tesis que se defenderán aquí, están más cerca de las sostenidas por Alfonso García-Gallo, en la rica manualística de este autor.

ofrece algunas ventajas, pero muchos inconvenientes. La ventaja es que se utiliza a los que, siendo coetáneos, están dotados de una mayor sensibilidad para los fenómenos políticos de su tiempo. Los inconvenientes radican en que esa ciencia política, de un lado es muy propicia a idealizar, en detrimento de la realidad, y de otro, es muy rica, por lo que en ella es posible encontrar todo lo que uno quiera. Cualquiera de nosotros puede defender la tesis que desee sobre los siglos XVI y XVII en base a la ciencia política de esos siglos. De hecho, hay autores modernos que defienden que el régimen en esos momentos fue absolutista, mientras otros defienden que fue democrático, y ambos encuentran textos de la ciencia política histórica, que abonan su postura.

Claro está, que el verdadero vicio metodológico no está en basarse en la ciencia política, sino en utilizarla fragmentariamente. Cuando se utiliza a un autor hay que hacerlo en bloque, es decir, en cuanto a su doctrina total, y nunca una frase suelta o una idea aislada. A su vez, hay que utilizar la resultante total de la ciencia política, o corrientes completas, y nunca, un autor aislado.

Independientemente de lo indicado, la ciencia política tiene que ser utilizada con mucha precaución, porque unas veces representa la utopía, y otras, el soporte ideológico que encubre propósitos políticos no confesados. Por ello, la ciencia política tiene que ser contrastada con la realidad política, pero no para complementar aquella con ésta <sup>(21)</sup>, sino para ilustrar o aclarar ésta con los conceptos, utópicos y no utópicos, de aquélla. Esta dirección es la que, comunmente, adoptan los iushistoriadores, que atienden, por encima de todo, el significado de las instituciones existentes en la realidad <sup>(22)</sup>. Son éstas las que, verdaderamente, delimitan la estructura política que « es », pues la ciencia política, frecuentemente, se refiere a lo que « podría » o « debería ser ». Claro que ella misma, deviene dato histórico real, e, incluso, « institución ». En este caso, la ciencia política debe ser valorada do-

---

<sup>(21)</sup> Es lo que hace J. A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, en *Revista de Occidente*, tomo I, Madrid, 1972, pags. 13-29, cuando se inclina a tomar en cuenta también la Nueva Recopilación.

<sup>(22)</sup> Es el método observado por A. García-Gallo en el caso presente. Esto no significa que aquí no vaya a discreparse de sus resultados en determinados aspectos, como puedo discrepar de los míos propios.

blemente, esto es, de una parte por lo que testimonia, y de otra, por lo que representa como componente histórico, es decir, como parte de la realidad. Aunque Moro y Campanella no nos reflejan la estructura política de su tiempo, sus utopías forman parte de la realidad política. Cada realidad se define por sí misma, y, al mismo tiempo, por su utopía. Lo que no debe hacerse es preferir los componentes irreales a los reales en el análisis de una estructura política.

## 2. « ESTADO » Y « ESTADO MODERNO » COMO OBJETIVOS PREVIOS DE UNA DEPURACION TERMINOLOGICA.

Dada la densidad historiográfica, a la que se ha hecho referencia, al tratar de la estructura política española de los siglos XVI y XVII, es preciso pronunciarse por lo que « no es », para pasar a continuación a hacerlo sobre lo que « es ». La tesis de este trabajo es la de que esa estructura no es un Estado, y menos, un Estado moderno, y que lo que cabe es calificarla de otra manera, como puede ser la de « Monarquía Universal », « Monarquía imperial » o, simplemente, « Monarquía »<sup>(23)</sup>. Los iushistoriadores no son propicios al empleo de los términos « estado » o « estado moderno »<sup>(24)</sup>, aunque han sucumbido frecuentemente<sup>(25)</sup>.

---

(23) A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, I, Madrid, 1959, paragr. 1215, la califica de « Monarquía universal española ». Yo también la califico de « Monarquía Universal » en mi *Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª ed. Ariel, Barcelona, 1983, paragr. 635, donde, por cierto, y desde la primera edición se mantiene una errata, en el epígrafe general, pues se dice « Monarquía Unipersonal ». Es obvio que si es « Monarquía » es « unipersonal », y siempre he querido decir « Universal ».

(24) Las razones aparecen sintetizadas en Bartolomé CLAVERO, *Institución política y Derecho: acerca del concepto historiográfico de Estado Moderno*, en *Revista de Estudios Políticos*, num. 19, nueva época, Madrid, 1981, 43-57.

(25) El propio A. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, rubrica el cap. VI de la tercera parte, como « Los Reinos de la Baja Edad Media y el Estado Moderno ». También lo emplean F. Tomás y Valiente o J. A. Escudero, entre los españoles, y A. Marongiu, entre los extranjeros. En el caso de Francisco Tomás y Valiente, la cuestión se complica, porque llega a identificar « Estado » y « Monarquía », conforme puede verse en su colaboración al tomo XXV de la *Historia de España*,

Entre los juristas dedicados a la teoría política hay quien acepta el término « estado », sin llegar a aceptar el término « estado moderno » (26). Son los historiadores generales los más generosos a la hora de aplicar el término en su segunda forma, es decir, en la más radical (27).

Desde mi punto de vista, podríamos calificar como « estado » o « estado moderno » a la estructura política española de los siglos XVI y XVII por dos motivos: a) porque se calificara así ella misma, o, al menos, la calificaran así los coetáneos, y b) porque, dándose o no la anterior circunstancia, se acomodara a lo que la ciencia política contemporánea conoce como tal, y es forma especificativa. Creo que por ninguno de estos dos motivos deben emplearse las citadas calificaciones o expresiones.

Además, hay que hacer notar que cuando un término se extiende en su aplicación, pierde significación. Esto es lo que ha sucedido con vocablos como el de « feudalismo » o expresiones como la de « antiguo régimen », frente a lo que están reaccionando los propios responsables de la expansión (28). El término « estado » se encuentra también entre los que su especificidad está totalmente amenazada, pues hay autores que lo extienden también a las formas políticas medievales, y esto tanto siendo juristas (29), como siendo historiadores (30).

---

Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1982. A mí mismo, se me ha filtrado, aunque tímidamente, en mi *Iniciación*, paragr. 634.

(26) Es el caso de Luis SÁNCHEZ AGESTA, *El concepto de Estado en el pensamiento español del siglo XVI*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1959.

(27) Es, sobre todo, el caso de J. A. MARAVALL, que intitula una de sus obras más importantes, como *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, en *Rev. de Occidente*, Madrid, 1972. En esta obra, cap. I. nota 26, se destaca que Pierre Vilar declara que Fernando, el « príncipe » de Maquiavelo, instauró « el Estado moderno y mercantilista ».

(28) Así puede verse respecto a « feudalismo », en Perry ANDERSON, *El Estado absolutista*, trad. Santos Juliá, Siglo veintiuno ed., Madrid, 1979, que en las conclusiones (pags. 407-443), llega a hablar certamente de « la invalidez científica de este ecumenismo teórico », refiriéndose a la calificación de feudales a la China de los Míng, la Turquía seljúcida, etc. Sin embargo, el autor incurre en lo mismo con el término « monarquía absoluta », pese a que declara que ninguna monarquía occidental ha sido auténticamente absoluta.

(29) Es el caso de Luis SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, para el que parece que toda comunidad ética teleológica es un Estado. Por otra parte, hay que reconocer

2.1. *La confusa significación de « estado » como estructura política en la doctrina europea de los siglos XVI y XVII.*

Se está conforme en que el término « estado » como estructura política, no aparece antes de Maquiavelo, y, por tanto, es inapropiada para designar aquélla en la Edad Media, si se aspira a emplear términos coetáneos. La cuestión ahora es la de saber, si a partir de Maquiavelo esa utilización ya es posible. Esto precisa que el término aparezca claro a los contemporáneos, pues de otra manera, no se habrán aventurado a emplearlo, y si lo han hecho, no lo habrán podido hacer con propiedad.

No es un hallazgo decir que el término « estado » es confuso en Maquiavelo, su inventor. Lo primero que sorprende es la poca importancia que le concede, pues su obra no se ocupa del « estado » o de los « estados », sino del « príncipe » o de los « principados »<sup>(31)</sup>. Sus referencias al término, hay que buscarlas en el breve tratado con espíritu de investigador. Casi todos nuestros autores se basan exclusivamente en la frase que abre el capítulo primero, según la cual « todos los estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres han sido y son, o repúblicas o principados ». No se suele decir que, a continuación, se prescinde de las repúblicas, porque las ha estudiado en otro lugar, y se divide los principados en « hereditarios » y « nuevos », subdividiéndose, a su vez, estos en « completamente nuevos » y en « adquiridos ». A continuación el término « estado » parece no interesar en cuanto a los principados nuevos, y aplicarse para

---

que los propios « creadores » del concepto de Estado, utilizan esta denominación de forma indiscriminada, como es el caso de Jellinek.

(30) BRAUDEL, *op. cit.*, habla de « estados » en la edad media, y considera la caída de Barcelona en 1472, como la de una « ciudad-estado ». Coincidiendo con él en la apreciación del gran papel que juega el dinamismo de la ciudad de Barcelona en la Corona de Aragón, me parece erróneo considerarla como « estado-urbano », por contraposición al « estado territorial ». No sé que categoría se reservará para Atenas, por ejemplo.

(31) El « Príncipe » es el título de la versión romance, en tanto, la versión latina utiliza como título el de « Sobre los Principados ». Vid. la ed. bilingüe, con estudio preliminar, notas y apéndices, de Luis A. AROCENA, Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, *Revista de Occidente*, Madrid, 1955.

distinguir entre el « estado hereditario » que adquiere, y el « estado adquirido » por el estado hereditario, ofreciéndose el ejemplo concreto del reino de Nápoles en cuanto al rey de España <sup>(32)</sup>. A su vez, en otro lugar, se pregunta por qué los Príncipes de Italia perdieron el « reino » o sus « estados » <sup>(33)</sup>.

¿Qué conclusiones cabe deducir de estos fragmentos? Una, puede ser la de que el término « estado » es muy vago y general, siendo más especificativo el de « principado » o « república ». Como lo admitido comunmente como científico es ir de lo general a lo particular, lo que deberíamos hacer es calificar de principado o de república a la forma política que analicemos, pero nunca de « estado », pues estado es toda forma política, sea cual sea la forma que adopte. En todo caso, lo que habrá que dar es la razón a los que utilizan « estado » para designar cualquier forma política, sea de la antigüedad, de la edad media, o de cualquier tiempo moderno, aunque, claro está, sin dejar de reprocharles el que empleen un término casi vacío de contenido.

Personalmente, me inclino a otra conclusión, y es la que he adelantado anteriormente. A Maquiavelo le interesan los Principados, que a través de la « fortuna » o de la « virtù » consiguen dominar territorios diversos, los cuáles pierden, frecuentemente, a través de la « fortuna » o de la « virtù » de otros Príncipes. En un momento dado, necesita un vocabulo genérico para esos territorios, de los que unos pertenecen al Príncipe por herencia, y otras, por conquista o medios similares, y emplea, entonces, el término « estados » o el término « dominios », aunque de ambos parece preferir el primero, al utilizarlo con más frecuencia.

En ambos casos, desde luego, lo que sorprende es el éxito del término. No puede explicarse sino recurriendo al factor paralógico en el que yo he insistido tanto. Con arreglo a la estructura lógica o racional de la mente humana, lo que debería haber triunfado de Maquiavelo es su distinción en principados y repúblicas,

---

<sup>(32)</sup> Ed. cit., pag. 201.

<sup>(33)</sup> Cap. XXIV. El texto latino dice « Cur Italiae principes regnum amiserunt », en tanto en el texto italiano se lee: « Perche i principi di Italia habbino perduto i loro stati ».

y las subdistinciones de los primeros. Sin embargo, el hombre rechaza los productos estrictamente racionales, los cuáles limitarían su campo de actuación, y prefiere aquéllos otros que confieren un amplio margen al círculo de sus intereses vitales. Un término en gran medida vacío, como es el de « estado » es útil, en cuanto puede ser llenado con diversos contenidos. Los términos con más éxito en la ciencia política son los términos vagos, como el mismo de « estado » o, todavía mucho más, el de « nación ». Tan útil es que todavía hoy, cualquiera de nosotros puede intervenir en una cuestión como la de si la forma política de los siglos XVI y XVII fue estatal o no.

El término no experimenta demasiada aclaración con posterioridad a Maquiavelo. Bodin habla del « estado de la República » (34), que todavía aminora la importancia del término, pues queda reducido a una condición de la forma política. Parece que en 1547, y con Monseñor Giovanni della Cosa, aparece la expresión « razón de estado » (35), que parece estar en conexión con el término introducido por Maquiavelo. Si « estado » significa cualquier forma política, « razón de estado » ha debido significar todo fundamento de actuación de la forma política. Si « estado » ha significado cada uno de los dominios del Príncipe, la « razón de Estado » ha debido residir en la fundamentación de actuación del Príncipe para mantenerlo o para adquirirlo.

Lo que nos tenemos que plantear es, pues, si un término como « estado », de tan pobre significación en su propio creador (36) y en la doctrina europea, es el que puede servir para calificar una estructura política tan importante como la española del siglo XVI y XVII, y la de otras similares a la misma. Parece que no, y sobre ello habrá que volver al tratar de la naturaleza o caracteres del Estado.

---

(34) Vid. MARAVALL, *op. cit.*, pag. 33 y ss.

(35) Vid. M. CHABOD, *Y a-t-il un état de la Renaissance?*, en *Actes du Colloque sur la Renaissance*, Paris, 1958, 57-78. Chabod reconoce que « stato » no significa siempre lo mismo en Maquiavelo.

(36) Tierno Galván ha sido el que ha dudado del espíritu creador de Maquiavelo.

## 2.2. *La anacronicidad de la expresión «Estado moderno».*

La adición de «moderno» al término «Estado» empeora la utilización de éste. En las periodificaciones y en las calificaciones, debe huírse de adjetivos cuya significación es relativa o está en función de otros, y que varía conforme cambia el sujeto de su utilización. Cada concepto debe tener su denominación, con significación autónoma. Varias veces, y jocosamente, he manifestado que Castilla y Navarra no han tenido más que tres recopilaciones, porque siendo la última la «Novísima», no se era ya capaz de adjetivar la cuarta. Nuestra periodificación habitual ya ofrece el inconveniente de que la edad «moderna», que debía ser la que corresponde a nosotros, ha tenido que ser seguida de la edad «contemporánea», y es difícil saber que edad puede suceder a la que es, precisamente, contemporánea. «Estado moderno» implica que hay un «estado antiguo», cuando, precisamente, se dice que el «Estado» nace en ese momento. Si Estado «moderno» es el de los siglos XVI y XVII, no sabemos como calificar el de nuestros días, pues hay que suponer que éste sí que es realmente moderno para nosotros. También es difícil comprender como el «Estado moderno», en cuanto de los siglos XVI y XVII, es más antiguo que el «Antiguo Régimen», si éste es el del siglo XVIII, o, al menos, coetáneo del mismo, si ese Antiguo Régimen se extiende al siglo XVI. Se produce, en consecuencia, un pequeño caos en el mundo de las denominaciones, que, ciertamente, contribuye al caos de los conceptos, pues entre denominación y concepto hay siempre una estrechísima relación.

¿De donde procede la expresión «Estado moderno»? Para Maquiavelo no hay estados antiguos o modernos, sino, simplemente, estados, con ese significado impreciso que he destacado. Tampoco pretende elaborar la teoría de un estado nuevo o moderno, sino fijar la técnica política que se requiere para conservar e incrementar estados, que es tan antigua como el hombre. La idea de modernidad debe proceder del humanismo tardío, el mismo que ha calificado a su época de «moderna». Pese a la transcendencia del medievalismo del pasado siglo y gran parte del presente, la historiografía actual no ha escapado a la fascinación estética del Renacimiento, y sigue calificando como «moderno» esta vez im-

propriadamente, a los que los humanistas calificaron así, con propiedad, o, al menos, con más propiedad.

En realidad, parte de la historiografía ha hablado de « Estado del Renacimiento », en tanto que otra, más radical en este sentido, se ha pronunciado por hablar de « estado moderno » (37). Quizá, la primera expresión ofrecía el inconveniente de que ya es polémico el término « Renacimiento », pues ha habido quien ha negado la existencia de este movimiento fuera de Italia (38). Desde luego, la vinculación de la aparición del Estado al Renacimiento ha tenido un matiz tan radicalmente idealista, que ha inquietado a muchos de sus seguidores, y me refiero a la tesis de Burckhardt, sobre el Estado como « obra de arte », propio de los estados italianos del siglo XV. Esto ha llevado a plantearse la duda de si existió realmente un Estado del Renacimiento (39), y, personalmente, considero que el problema no ha sido resuelto. Con razón, se ha rechazado el que la idea de nacionalidad o de patriotismo pudiera ser el elemento fundamental del Estado renacentista. Lo peor es que tan pobre elemento, no ha sido eficazmente sustituido. La conciencia profesional de que el Estado no era solamente del Príncipe (40) no puede diferenciar un estado renacentista de un estado medieval, máxime en los reinos donde imperó una doctrina pactista.

Sobre la expresión « estado moderno », ya se ha indicado su impropiedad. Conceptualmente, tampoco sale mejorado en cuanto al estado renacentista, toda vez que, al menos, por los historiadores, es formulado en el plano del idealismo, aunque hay que reconocer que con una erudición portentosa. La conciencia de avance, la capacidad transformadora del hombre, el estado como artificio, la tendencia a estimaciones cuantitativas, el « proceso

---

(37) J. A. MARAVALL, *op. cit.*, pags. 13-29, dice que para Chabod existe un « Estado del Renacimiento », pero que para él, lo que existe es un « Estado moderno ».

(38) Lo registra MARAVALL, *op. cit.*

(39) Vid. CHABOD, *op. cit.*

(40) Id. id. Se refiere a una denuncia que sobre un supuesto espíritu de cuerpo en los oficiales, realiza el Duque de Alba, en Milán, en 1556, y que también lo había hecho Manrique de Lara, en 1552. No comprendo que pueda construirse una teoría sobre la base de anécdotas.

de racionalización sobre un fondo de vinculaciones irracionales», el conocimiento y control de los comportamientos humanos, y argumentos similares <sup>(41)</sup>, difícilmente pueden caracterizar a una estructura política, o a la mentalidad social de esa estructura, pues son aplicables a todas las épocas en mayor o menor medida. Habría que recurrir en todo caso a señalar un umbral, por encima del cuál, son determinantes. Es distinto el caso de algún iushistoriador, en cuanto desciende al terreno de la realidad, y califica de Estado como Estado moderno «la organización misma, no la Comunidad organizada» <sup>(42)</sup>. Es en esta dirección en la que hay que profundizar, aunque en el caso presente se tropieza con la dificultad de que el propio introductor del término «estado», es decir, Maquiavelo, identifica en ocasiones «reyno» y «estado» <sup>(43)</sup>, sin que parezca referirse a la organización.

### 2.3. *Los términos coetáneos españoles en la denominación genérica de la comunidad política.*

Por su evidencia, no es menester insistir mucho en que el término «estado» no se utiliza en los siglos XVI y XVII para designar la comunidad política. Podrán encontrarse otros términos, como, quizá, el de «reino», «ciudad», «universidad» y, sobre todo, el de «república». Para el siglo XVI, y como verdadero hallazgo, puede citarse un paso de Suárez, en el que se habla de

---

<sup>(41)</sup> Todo ello se encuentra en J. A. MARAVALL, *op. cit.*, nota 34. Sin embargo, vid. tomo II de la cit. obra, pag. 281 y ss, de la que resulta que, según De Roover, en el siglo XVI no se ha innovado nada sobre banca, letra de cambio, contabilidad por partida doble, bolsa seguros y compañía o sociedad mercantil, lo que concuerda con el hecho de que Carande y Braudel destaquen la tradición medieval en áreas como la moneda o el comercio internacional. Parece que esto contradice la existencia de «modernidad», aunque pese a todo, Maravall habla de una nueva política, a la que califica de «mercantilista», por cierto, en concordancia con P. Vilar. Sin embargo, los rasgos de mercantilismo han sido muy fuertes en la edad media, por lo que me parece muy difícil puedan calificar el «estado moderno». Además, Maravall encuentra también antecedentes de fisiocracia.

<sup>(42)</sup> Vid. A. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, parágr. 1243.

<sup>(43)</sup> Recuérdese *loc. cit.* en nota 33.

« status » (44) en un sentido próximo, y nada más. Generalmente, se habla de « república », lo que se sigue haciendo en el siglo XVII, como puede verse en el P. Mariana (45), que sintetiza los ortodoxos o afectos a la monarquía hispana, o en Fr. Marco Tixello (46), que puede ser el ejemplo de los heterodoxos o enemigos, puesto que es un fraile catalán, afecto a la causa francesa durante la Guerra de Secesión. En esto, de todas las maneras, están de acuerdo los autores, y, por tanto, no tiene sentido insistir. Es un « hecho probado », como dirían los juristas. En todo caso, merece destacarse que están denominando « república » a lo que Maquiavelo denominaría « principado ».

2.4. *La verdadera significación coetánea española del término « estado »: el grupo social en el ámbito interno, y la función de conservación e incremento del poder real en el ámbito internacional.*

Sin embargo, también es un hecho que el término « estado » es de uso común en España, y ello, desde la edad media. Naturalmente, se comprende que la utilización medieval no puede ser la de Maquiavelo, si a éste se le atribuye modernidad.

Constituye otro hecho probado, el que en la edad media el término « estado » ha servido para designar el estamento o grupo social, basado, fundamentalmente, en el linaje o estirpe (47). En ese sentido, se sigue utilizando en Europa en la edad moderna, incluso, como término oficial (48), y en España (49). Así, lo sigue

---

(44) Lo registra J. A. Maravall. Es demasiado categórica la afirmación que Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pag. 10, hace, en el sentido de que no necesita demostración el que desde el siglo XVI se habla del « Estado » en Europa.

(45) Vid. MARAVALL, *op. cit.* en nota 37, nota 208. Mariana, al lado de las leyes del Príncipe, distingue otras « universae reipublicae voluntate constituti ».

(46) Fr. Marcos TIXELLO, *Política vera, regimen certum optimae Reipublicae*, Barcelona, 1642. (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 5952).

(47) Sobre todo esto, vid. mi *op. cit.* en nota 23, caps. XXVII-XXX. Recuérdese el « Libro de los Estados », del Infante D. Juan Manuel.

(48) Sobre los Países Bajos, vid. Jean RICHARD, *Les états de Bourgogne*, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, XXIV, Bruselas, 1966, 299-324, y Jan DHONDT, *Les assemblées d'états en Belgique avant 1795*, colección cit., XXIV, Bruselas, 1966, 325-400.

(49) Especialmente, en Navarra, seguramente, por influencia francesa.

utilizando la ciencia política española, como puede verse, a título de ejemplo, en Antonio Pérez <sup>(50)</sup> o en Saavedra Fajardo <sup>(51)</sup>.

Sin embargo, hay que reconocer que «estado» no se utiliza siempre en este sentido. Lo que hace falta es analizar si se emplea en sentido próximo al que tiene para Maquiavelo, y en caso afirmativo, si ello permite denominar «estado» a la estructura política española de los siglos XVI y XVII, es decir, si España o la monarquía hispana, puede ser calificada de «estado».

Desde luego, con arreglo a la terminología institucional esto último no es posible. En la primera ordenanza que Carlos I dirige a los del Consejo de Indias, se dice: «somo Señor de las Indias y Estados del Mar Oceano» <sup>(52)</sup>. En una cédula de 1574, relativa al derecho de patronato, el Rey dice que éste le pertenece «en todo el Estado de las Indias» <sup>(53)</sup>. Ya se comprende que ni España ni la Monarquía son «un» estado o «el estado», sino que son poseedoras de «estados» en el Océano, e, incluso, las propias Indias se consideran como «un» estado. En realidad, este lenguaje no es ajeno al de Maquiavelo. Subyace la idea de que las posesiones del Océano, y, en especial, las Indias, son «estados adquiridos», y que Castilla, no España, es un «estado hereditario», pues a aquélla es a la que se vinculan los estados adquiridos. Esta concepción es cercana a la de Maquiavelo, porque, frente a lo que se sostiene, éste no ha elaborado una teoría del «estado», sino, en todo caso, una teoría de «los estados». Eso sí, en nin-

---

<sup>(50)</sup> Antonio PÉREZ, *Norte de Príncipes, virreyes, presidentes, consejeros, y gobernadores, y advertencias políticas sobre lo público y particular de una Monarquía importantísima a los tales: fundadas en materia y razon de Estado, y Gobierno*, Madrid, 1788, dice que los príncipes son «como cabezas de sus Reynos y los Estados de estos les sirven de miembros ...» (pag. 30). También habla de «los del estado superior» (pag. 35).

<sup>(51)</sup> Vid. MARAVALL, *op. cit.* nota 268, en que recoge cita de Saavedra Fajardo, donde éste señala la aversión «de unos estados de la republica contra otros». Vid. también Francisco DE GILBERT, *Discurso sobre las obligaciones que los que representan el corazón de Cataluña tienen*, Lérida, 1616 (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 247), quien dice que Plutarco le compara a Trajano «un Reyno, ó republica» a un cuerpo humano, en el que la cabeza es el Rey.

<sup>(52)</sup> Vid. Juan DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política indiana*, CIAP. Madrid-Buenos Aires, s-f. lib. IV, cap. I, num. 4.

<sup>(53)</sup> Id. lib. IV, cap. II, num. 4.

gún caso resulta España « un estado », sino en el mejor de los casos, un conglomerado de « estados hereditarios » y « estados adquiridos ». Esto se confirma cuando tras la paz de Crespy de 1544 se plantea el ceder Flandes o ceder Milán, y el Duque de Alba propone conservar Milán, para mantener todos los « reynos y estados » del Rey <sup>(54)</sup>. En este caso, el término « estados » se está reservando para los « adquiridos », y se está denominando « reinos » a los hereditarios, lo que tampoco es ajeno a la terminología de Maquiavelo. Como se ve, España sigue sin ser « un estado », sino siempre, un conglomerado de estados hereditarios y adquiridos.

Si los Reyes y los hombres públicos están calificando de « estados » a los territorios de Indias, a Flandes y a Milán, quiere decir que « estados » son los dominios de la Corona, y debe recordarse que Maquiavelo ha hablado indistintamente de « estados » y de « dominios ». También quiere decir que no cabe la confusión con el empleo de « estados » en el sentido de « estamentos ». Estos tienen su desarrollo en el interior de la forma política, es decir, constituye la estructura social interna de ésta. En el otro sentido, « estados » corresponde a la estructura externa de la forma política. Esto último es importante, porque nuestra concepción actual del « estado » considera a éste en el ámbito del Derecho internacional, y como sujeto del mismo, pero también, y con no menos intensidad, en el ámbito interno de la forma política.

Los estudiosos prestan atención a los órganos de poder, en cuya denominación se encuentra el término « estado », como « secretarios de estado » y « Consejo de Estado ». Según los que han estudiado más intensamente los primeros, cuando no son llamados así por ser los secretarios del Consejo de Estado, lo son por dedicarse a la correspondencia internacional <sup>(55)</sup>. Obsérvese, que esta interpretación se acomoda a la que, anteriormente, se ha dado de los « estados » en Maquiavelo y en la práctica española. El secretario de estado es un secretario para las cuestiones del exterior, y esa significación ha conservado casi hasta nuestros días,

<sup>(54)</sup> La cita la proporciona J. A. MARAVALL, *op. cit.*, pag. 87 y ss.

<sup>(55)</sup> Vid. José Antonio ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y del Despacho (1474-1724)*. II. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1969, pag. 340 y ss.

ya que hasta la guerra civil de 1936-39, el que hoy denominamos « Ministro de Asuntos Exteriores » era titulado « Ministro de Estado », por oposición al que hoy conocemos como « Ministro del Interior », que era conocido como « Ministro de la Gobernación ». Con la Administración borbónica del siglo XVIII, la Secretaría de Estado había sido la encargada de los asuntos exteriores, y con la Administración austríaca, la Secretaría de Estado, como Secretaría del Consejo de Estado, se desdobló en Secretaría del « Norte », para los asuntos de Francia, Flandes y el Imperio, y Secretaría de « Italia », para las posesiones en Italia. En 1630, se crea una Secretaría de « España », pero, aparte de que en 1661 se vuelve a la división Italia-Norte, no contradice lo anterior, ya que se ocupa de Indias, islas adyacentes, costas de Berbería, y de la propia España, pero en su dimensión internacional, como había sucedido en 1556, cuando se distinguió en una Secretaría de Estado de « España » y otra « de fuera de España » <sup>(56)</sup>.

Naturalmente, si se atiende a la significación de la palabra « estado », aquella no puede ser otra que la de « situación », en el sentido de existencia, con todo lo que ésta lleva consigo, en el sentido de que todo lo que « está » puede crecer, disminuir y desaparecer. El secretario « de estado » de Italia es, sencillamente, el secretario encargado de cuidar por el mantenimiento de Italia dentro de la Corona, y, en su caso, del incremento de territorios italianos. Esta es también la función que corresponde al « Consejo de Estado », aunque en nivel superior. Un rápido examen de las competencias de aquel Consejo nos confirman su naturaleza. Le corresponde consultar en materia de matrimonios reales, declaraciones de guerra, tratados de paz, y materias similares, siempre relativas al mantenimiento o incremento de los dominios de la Monarquía, que es lo que constituye el « estado » de ésta. Se diferencia nítidamente del « Consejo Real », llámese éste de Castilla, Navarra, Aragón o Indias, porque en éste caso la naturaleza del Consejo es interior y de gobierno, mientras que en el Consejo de Estado es exterior y política. Al Consejo Real le corresponde la administración de justicia, que es a través de la cuál se desarrolla el gobierno de los sébditos, y ejerce, por tanto, la resolución coti-

---

(56) Vid. *op. cit.* tomo I, pag. 121 y ss.

diana de los asuntos. Al Consejo de Estado le corresponden las decisiones de excepción, que es lo que constituye la materia política <sup>(57)</sup>. Los Consejos Reales han de acomodarse a los territorios nacionales o históricos. El Consejo de Estado puede ser único para toda la Monarquía, y puede desdoblarse para áreas creadas « ex novo ». En ese sentido se puede hasta hablar del « Estado de Europa » <sup>(58)</sup>.

La doctrina política también parece entenderlo así. Antonio Pérez recomienda al príncipe que a consejeros y consejos les deje el despacho de todos los negocios, y sin consulta particular « de lo que no tocare a estado », pues en esto sólo el Príncipe es el que debe resolver <sup>(59)</sup>. Consecuente con esta concepción, opina que el rey necesita un Consejo de Estado, « que es como decir Consejo de conservación, y de aumento » <sup>(60)</sup>. De todo esto se desprende que, conforme a Antonio Pérez, sólo lo relativo a conservación e incremento del poder del rey, es lo que constituye la materia de « estado », es decir, de « situación », y que todos los demás negocios, y entre ellos, el gobierno, no son materias de estado. Por otro lado, el reino o los reinos no son un « estado » o « estados », sino lo que existe es un estado de ellos, es decir, una situación, por la que hay que velar, en el sentido de conseguir un mantenimiento y un incremento.

Con esta concepción coincide Sebastián de Covarrubias, cuando, entre otras significaciones de la palabra « estado », dice que es « el gobierno de la persona real y de su Reino, para su conservación, reputación y aumento », que « materia de estado » es

---

<sup>(57)</sup> Esto se ve claro en los Países Bajos, según los trabajos de Hugo de Schep- per. El « Gobernador general » (Gouverneur general, Landvogd), en nombre del « príncipe » (Prince, Vorst), está asistido del « Consejo Privado » (Conseil Privé, Geheime Raad), del « Consejo de Estado » (Conseil d'Etat, Raad van State) y de un Consejo de Finanzas, lo que se mantendrá hasta José II de Austria. El Consejo de Estado tiene « secretarios de Estado » (Secretarissen van State).

<sup>(58)</sup> Vid. « Nova Relació del Estat General de la Europa al principi de aquest any 1642. La presa de una Galera de Espanya y perdua de altres ». Traduit de frances en Catalá. Barcelona, 1642. (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 10875).

<sup>(59)</sup> Antonio PÉREZ, *op. cit.*, pag. 55.

<sup>(60)</sup> Id. pag. 119.

todo lo que pertenece al dicho gobierno <sup>(61)</sup>. Es decir, todo lo que sea actuación dirigida al mantenimiento e incremento del poder, eso es « estado » y « materia de estado », lo que significa excluir del estado y de la materia de estado lo que signifique el gobierno para otros fines, como puede ser el mantenimiento de la fé, la organización de la familia, el castigo de los delitos y, en general, todo lo que supone actividad hacia adentro.

Consecuente con esto, cuando Antonio Pérez se refiere a « una gran persona de Estado », dice « que sabia de conservacion de Reynos » <sup>(62)</sup>. En definitiva, esto es lo que calificamos actualmente de « estadista », y lo que diferencia a éste de un « político » o de un « administrador », por ejemplo. Al estadista le consideramos por encima de los intereses de partido, esto es, de las contiendas internas, para ser el hombre capaz de engrandecer el conjunto, o de mantener la grandeza adquirida por éste en el pasado.

Quizá, históricamente, la expresión que más ha contribuido a la expansión del término « estado », es la de « razón de Estado », que parece ser aparece en 1547, a través de Monseñor Giovanni della Casa <sup>(63)</sup>. Al igual que estado, parece ser que « razón de Estado » tampoco es objeto de elaboración por sus creadores. Por ello, creo que es muy arriesgado denominar « estado » a una estructura, por el simple hecho de que en la época se hable de « razón de Estado », cuando no se define qué es « razón de Estado ». El propio Antonio Pérez, que debía saber mucho de ello, por experiencia propia, vincula la « razón de estado » a la « materia de estado », oponiéndola a la « materia » y « razón de gobierno » <sup>(64)</sup>. Como se ve, hay siempre una dicotomía entre « estado » y « gobierno », entre « exterior » e « interior », entre la estructura « hacia afuera » y la estructura « hacia adentro ». La expresión ha tenido éxito. Saavedra Fajardo ha hablado de la « razón de Estado »,

---

<sup>(61)</sup> Vid. A. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, tomo II, F. 906. Los otros significados son el estado y modo de vivir, el Consejo de Estado como el supremo, y el modo de vivir.

<sup>(62)</sup> Antonio PÉREZ, *op. cit.*, pag. 126.

<sup>(63)</sup> Vid. nota 35.

<sup>(64)</sup> Vid. el título cit. en nota 50. En el texto, lo emplea con minúscula (pag. 34).

asimilándola a la « política » (65). Pellicer de Tovar ha hablado de una « razón de estado cristiana » (66). Hasta en Cervantes se recoge su empleo, realizado, por cierto, con gran donosura, pues habla de ella como de cierta señora, que cuando se cumple con ella, se ha de descumplir con otras razones (67). Creo que lo más importante es su emparejamiento, vinculación o conexión con « materia de Estado ». La « razón de Estado », que, en la línea de Cervantes, habría que denominarla, frecuentemente, la « sinrazón de Estado », es la justificación de cualquier actuación, sea cual fuere, en « materia de estado ». La razón de gobierno parece acomodarse a la razón, simplemente. En materia de estado, la mera razón no es suficiente, y hay que aplicar otra « razón », una razón específica, que puede justificar lo difícilmente justificable en la práctica habitual.

### 3. LA NATURALEZA NO ESTATAL DE LA MONARQUÍA HISPANA DE LOS SIGLOS XVI Y XVII.

Los historiadores que califican la Monarquía Hispana de los siglos XVI y XVII como « estado », o, incluso, como « estado moderno », no se han aventurado a definir previamente qué es « estado » para ellos. Sólo los historiadores del Derecho parecen partir de conceptos conocidos o fijados previamente, pero, en realidad, no tan conocidos, ni tan fijados previamente. En cuanto a los historiadores no juristas, se limitan a exponer anárquicamente rasgos o características que suponen propios del « estado » de los siglos XVI y XVII, pero que podrían atribuirse a cualquiera de las estructuras antiguas o medievales. En estas condiciones, es muy difícil trabajar (68). Hay que moverse a tientas, especular

---

(65) Vid. MARAVALL, *op. cit.*, *loc. cit.* en nota 51, donde registra la obra de SAAVEDRA FAJARDO, titulada *Introducción a la Política y razón de Estado de Don Fernando el Católico*.

(66) Vid. Joseph PELLIZER DE TOVAR, *Idea del Principado de Cataluña*, Amberes, 1642.

(67) La cita es de J. BENEYTO, *Espíritu y Estado en el siglo XVI*, pags. 23-33.

(68) Insisto en ello en el trabajo cit. en nota 29. Destaco que lo que caracteriza al « Estado » es la asunción del poder público por una persona jurídica.

y especular. Hay que suponer que tal o cuál autor piensa esto o lo de más allá, porque en realidad, no se sabe qué es lo que, piensa.

Desde luego, la citada Monarquía no es un estado al estilo del actual, sea en su versión liberal, sea en su versión socialista, y ello, no precisa demostración. Lo que hace falta es analizar si tiene puntos comunes con éste, y que, al mismo tiempo, le diferencien de las estructuras políticas anteriores, especialmente, las medievales.

### 3.1. *La ausencia de base nacional unitaria.*

Parece que la noción de « estado » como obra de arte del Renacimiento italiano, se apoya en la idea de nacionalidad o patriotismo <sup>(69)</sup>. Se comprende fácilmente que es un fundamento feble para una construcción política, y que, en el mejor de los casos, sería aplicable exclusivamente a Italia, si es que se pudiera demostrar que en Italia no ha habido patriotismo antes del siglo XV. Curiosamente, se ha negado, además, para Italia, por estimarse que a partir de esa centuria habrá patriotismo veneciano, por ejemplo, pero no habrá patriotismo italiano. Quien esto hace, ve el espíritu nacional en Francia, en España y en Inglaterra, pero se contradice a continuación al notar que, no solo el imperio de Carlos V, sino la monarquía de Felipe II, ha estado más cerca del gran Estado multinacional que ha sido el Imperio habsburgo hasta 1918, que del estado nacional de los siglos XIX y XX <sup>(70)</sup>. Efectivamente, aparte de que el patriotismo ya ha existido en España durante la edad media, y de manera muy fuerte, la idea de nacionalidad, como se dirá más adelante, no se ha consumado, y la Monarquía hispana ha seguido siendo un conglomerado de naciones. En todo caso, habría sido una estructura multinacional o pluriestatal, y lo muestra las continuas alusiones del Rey a « estos Reinos » y « aquellos Reinos » <sup>(71)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> Es lo que Chabod atribuye a Burckhardt.

<sup>(70)</sup> Vid. CHABOD, *op. cit.*

<sup>(71)</sup> La observación es de José M<sup>a</sup>. JOVER ZAMORA, *Carlos V y los españoles*, Ediciones Rialp, S.A. Madrid, 1963, 23-72.

### 3.2. *La subsistencia radicalizada de la organización estamental de la sociedad, con apariencia pseudofeudal.*

Algunos autores parecen vincular el estado como nueva forma a una sociedad capitalista, pero tienen que reconocer que en la Monarquía hispana, el ánimo de lucro como motor es poco intenso todavía, y que, además, no es lo que caracteriza una sociedad capitalista, la cuál requiere la máxima racionalización y la obtención de márgenes de beneficios más reducidos, pero repetidos <sup>(72)</sup>.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el ánimo de lucro ha constituido motor de casi todas las empresas, por más que esto se haya encubierto con motivaciones de otra índole <sup>(73)</sup>, o, incluso, no haya sido encubierto <sup>(74)</sup>. Desde luego, no puede caracterizar una sociedad capitalista, a menos que calificemos todas las sociedades como capitalistas, con lo que habremos destruido la categoría. Realmente, para que exista una sociedad capitalista tiene que existir una sociedad clasista, a la que caracteriza el que la discriminación social se verifica directamente en función de la posesión de bienes muebles o mercancías, y, entre éstas, naturalmente, por el dinero. Esa discriminación es la que permite la racionalización de la producción en base al beneficio económico individual.

Todo eso es lo que no sucede en la Monarquía hispana, en la que, precisamente, se radicaliza la sociedad estamental medieval, cuya discriminación se practica directamente, en función del linaje o estirpe, aunque, indirectamente, lo sea en función de la posesión de bienes, en este caso, preferentemente inmuebles. La sociedad capitalista desemboca en una sociedad industrial y de servicios,

---

<sup>(72)</sup> Vid. MARAVALL, *op. cit.*, tomo II, pags. 101-145. P. Anderson destaca muy bien que, ahora y recurriéndose a Marx, el capitalismo aparece como el primer modo de producción en el que los medios para extraer el excedente son « puramente económicos ». Esto no sucede en la Monarquía de los Austrias.

<sup>(73)</sup> Recuérdese el caso de las Cruzadas, y que tan patente se ha observado en algunas de ellas.

<sup>(74)</sup> Piénsese en el expansionismo mediterráneo de la Corona de Aragón, o en el descubrimiento y posterior conquista de América.

en tanto la estamental, se apoya en una sociedad rural o agrícola y ganadera.

La subsistencia del estamentalismo es reconocida unánimemente, aunque, en algún caso, se pretende reducir su importancia, a causa de la influencia del dinero en la época <sup>(75)</sup>. No es el caso de discutir aquí sobre la mayor o menor intensidad del estamentalismo, porque lo importante es que éste es reconocido, y resulta incompatible con un « estado » o « estado moderno ». No debo dejar de advertir, que es más intenso que en la edad media. La aparición de los « Grandes de España », la agudización de la diferencia entre una alta nobleza y una baja nobleza, la introducción de los estatutos de la limpieza de sangre, la venta de vasallos, etc. son signo evidente de esa radicalización. Los privilegios penales, procesales y fiscales que caracteriza, no corresponden por tener dinero, sino por pertenecer a un estamento, al que en la mayoría de los casos se llega por nacimiento, y esto ha sido en la época de los Austrias más fuerte aún que lo ha sido en la edad media.

Ese estamentalismo es el que confiere a la época una apariencia pseudofeudal engañosa, y que ha sido aprovechada en el proceso ideológico de « vulgarización », propio de la Ilustración, y renovado por el marxismo. Un símbolo de ese proceso, lo constituye la caracterización del mayorazgo, como propiedad « feudal », cuando el mayorazgo no constituye un tipo de propiedad feudal. El feudalismo ha buscado la movilización de la propiedad inmueble, asociando a la propiedad un amplio número de personas. Por el contrario, el mayorazgo ha representado la mayor inmovilización de la propiedad inmueble, y de los patrimonios, en general. Feudo y mayorazgo tienen un objetivo común, como es el de consolidar el dominio social de un grupo, pero eso es común a todo tipo de propiedad, incluida, la pública. Existen, sin embargo, grandes diferencias. El feudo ha nacido en el momento de encumbramiento del grupo social, y cuando éste necesitaba su ampliación. Por contra, el mayorazgo ha aparecido cuando el

---

(75) Lo hace J. A. MARAVALL, *op. cit.*, tomo II, pags. 3-56, pero, en todo caso, reconoce que « tenemos todavía ante nosotros el tipo de una sociedad estamental ».

grupo estaba consolidado, deseaba « congelarse », y temía su desaparición. Los efectos económicos también han sido muy distintos, pues el feudalismo, aunque generando brutales desequilibrios sociales, ha servido eficazmente a una economía de guerra. El mayorazgo, por el contrario, con esos mismos desequilibrios, no ha conseguido sostener esa economía de guerra, y ha conducido a un empobrecimiento general, sólo oculto o compensado durante algún tiempo, por otros fenómenos, como el de los caudales americanos, en el caso español <sup>(76)</sup>.

A la confusión sobre el estamentalismo contribuye la teoría de los biotipos y de las élites, por mas que ambas contengan aportaciones muy importantes en el terreno de la historia <sup>(77)</sup>. Se ha descrito muy bien la evolución que implican las figuras del « sabio », el « humanista », el « satírico » y el « filósofo » <sup>(78)</sup>. Hasta parece acertado el entroncamiento del humanista con el burgués <sup>(79)</sup>, pero, siendo símbolos de una evolución, no constituyen elementos básicos de la caracterización de una estructura política. El técnico de la NASA no dejará de simbolizar en el futuro una importante evolución en la sociedad, pero no representará, ni siquiera en los Estados Unidos, el paso de una estructura política a otra diferente.

En el caso concreto de la Monarquía hispánica se ha subrayado con razón la importancia que ha alcanzado el honor como valor en la sociedad de la misma <sup>(80)</sup>. Sin embargo, no sé por qué se vincula esta hipertrofia del honor con el estado moderno. El

<sup>(76)</sup> Esta tesis contradice la de Bartolomé CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1396-1836*, Siglo Vientiuno de España, Madrid, 1974, a cuya difusión ha contribuido el calificativo empleado en el título, independientemente del valor intrínseco de la obra.

<sup>(77)</sup> BENEYTO, *op. cit.*, pags. 23 y ss. destaca mucho el papel de Dilthey, Casirer y Welser, en este aspecto. J. A. MARAVALL se apoya mucho en las teorías de W. Pareto.

<sup>(78)</sup> Vid. sobre todo, J. A. MARAVALL, *La oposición política bajo los Austrias*, Ariel, 2ª ed. Barcelona, 1974, pags. 15-52.

<sup>(79)</sup> Vid. *op. y loc. cit.*

<sup>(80)</sup> Lo ha hecho J. A. MARAVALL, en *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Siglo vientiuno, Madrid, 1979, en el capítulo dedicado a la función del honor y el régimen de estratificación de la sociedad tradicional.

honor es una virtud eminentemente estamental, que no se adquiere con la virtud personal, ni siquiera con el valor. Un villano, por el hecho de ser hijo de villanos, no será nunca honorable, aunque aniden en él todas las virtudes cristianas y no cristianas. El honor se presumirá siempre en una persona de alto linaje, y se precisará una conducta muy abyecta para ser despojado de él. Aún en este caso, sólo se procederá a través de una previa exclusión del estamento, pues éste le protege mientras pertenece a él. Por otra parte, el honor no suele residir en el mercader, sino en el hombre de armas, y esto conduce a una tremenda contradicción. Como se sabe, para Max Weber, el espíritu capitalista, que es el que se conecta siempre con el estado moderno, no descansa en el honor, sino en el afán de lucro, aunque este afán de lucro vaya acompañado de una gran austeridad, que, a su vez, procede de ideas religiosas <sup>(81)</sup>. Este afán de lucro no es el que se produce en el hombre de honor, pues no se refiere al ansia de ganancias, que corresponde a todo hombre sin distinción <sup>(82)</sup>, sino sólo al que va acompañado de ahorro y propósito inversor.

Por último, dentro del apartado del estamentalismo, hay que referirse a otro hecho básico, y es a que la debilitación se ha producido, precisamente, en el brazo real, en lugar de serlo en los brazos eclesiástico y señorial <sup>(83)</sup>. Este es un hecho indudable y de gran transcendencia, que se ha producido en el siglo XVII.

### 3.3. *La simbiosis con el poder eclesiástico.*

Otra dirección es la que parece vincular el estado moderno a la secularización del poder <sup>(84)</sup>. Sin embargo, ese proceso de secu-

<sup>(81)</sup> Lo explica, y muy bien, el propio MARAVAL en *op. cit.* en nota 41, tomo II, pags. 147-202.

<sup>(82)</sup> Por ello, creo no tiene valor ejemplar el de Hurtado de Mendoza, admitiendo la guerra para ganar dinero, y que es exhibido por BENEYTO, *op. cit.*, a pags. 13-22.

<sup>(83)</sup> Así lo reconoce Domínguez Ortiz, según indica MARAVALL, *op. cit.*, tomo I, nota 73, cap. II, part. II.

<sup>(84)</sup> Vid. MARAVALL, *op. cit.* en nota 78, que trata ese proceso en pags. 141-209, y que cita a Cassirer, Meinecke, Burckhardt, Kantorowicz.

larización se reconoce no existir en España, aunque haya intentos o signos, que, curiosamente, por otra parte, suelen proceder de la edad media <sup>(85)</sup>. Los signos de secularización que se observan en la edad moderna son, más bien, de anticlericalismo, o de tensiones entre el poder civil y religioso, pero sin intención de menospreciar éste <sup>(86)</sup>. Sin desconocer el intervencionismo del poder real, que es patente en la doctrina del Regio Vicariato, lo único que demuestra es una contención del poder pontificio, pero en manera alguna una debilitación de la Iglesia. Incluso, en el siglo XVII, el Conde Duque de Olivares denuncia la riqueza del brazo eclesiástico <sup>(87)</sup>. Es cierto que la Inquisición ha sido utilizada por el poder real para perseguir sus potenciales enemigos, pero no hay que olvidar que esto sólo ha podido hacerlo en cuanto fueran también potenciales enemigos de la Iglesia. Salvo alguna ligera medida desamortizadora en el siglo XVI, la Iglesia ha seguido disfrutando de privilegios fiscales en todo momento, y sus miembros han disfrutado de privilegios penales y procesales, en forma similar a como lo han hecho los de la nobleza. Donde han puesto sus pies los soldados españoles, lo han hecho igualmente los frailes. La expansión española sólo se ha justificado en base a la expansión de la fe. Los conflictos de jurisdicción entre poder real e iglesia se han desarrollado en plan de igualdad. No creo que, seriamente, nadie pueda pensar en una sumisión de la Iglesia, sino en una simbiosis, en la que la Iglesia ha facilitado el instrumento ideológico necesario para la expansión en el exterior y la represión en el interior, en tanto el poder real ha garantizado la defensa de la Iglesia frente a cualquier herejía, y la ha colmado de poder económico y de privilegios de diversa índole.

---

<sup>(85)</sup> J. A. MARAVALL, en *op. y loc. cit.* se apoya, en gran parte, en Lopez de Ayala y en el Infante D. Juan Manuel, aunque después se apoya también en hombres de la edad moderna, como Vitoria y Las Casas.

<sup>(86)</sup> El propio MARAVALL, en *op. y loc. cit.* parece apoyarse en Braudel, quien ve en Felipe II un secularizador, ya que ni aún tras la batalla de Lepanto, sueña en una cruzada contra los turcos. No creo que pueda considerarse signo de secularización, lo que solo puede interpretarse como temor o como prudencia. Considerar como secularizador el animador del Concilio de Trento, no me parece explicable, y menos cuando se hace, no en base a acciones, sino a abstenciones.

<sup>(87)</sup> El dato lo ofrece también MARAVALL, en *op. cit.*, en nota 80.

### 3.4. *El fin ético del poder.*

Parece que Maquiavelo se ha reservado a sí mismo el papel de un técnico de la política, rechazando el de un doctrinario de la misma. No se plantea qué es el poder y cuáles son sus fines, sino, simplemente, como se puede mantener e incrementar. Parece ser un apolítico, pero hoy es un lugar común que el apolítico no existe, sino que éste está adoptando también una postura política. La postura de Maquiavelo desemboca en un poder sin aspiraciones éticas, cuya justificación se encuentra en el poder mismo, se decir, sostiene una tesis inmanentista del poder.

Por ello, y como se ha dicho, « Consejo de Estado », « hombre de estado », « razón de estado » y términos semejantes, están vinculados al mantenimiento e incremento del poder, pero pueden hacerlo a la manera de Maquiavelo, y por ello está justificado el calificativo actual de « maquiavélico », o de otra manera, es decir, con sumisión a fines éticos. Maquiavelo ha visto en Fernando, « el Católico » un político « maquiavélico », pero ello no significa que la Monarquía hispánica haya sido « maquiavélica ». Por contra, toda la doctrina política, casi sin excepción, es antimachiavélica, en el sentido de defender que toda actuación política debe estar presidida por un fin ético. Así lo entienden también los reyes, y hay que reconocer que, al menos formalmente, han sido escrupulosos en sus actuaciones, y no han recurrido demasiadas veces a la « razón de Estado ». Otra cosa distinta es que los fines éticos que han presidido su actuación hayan sido equivocados e interesados.

El fin ético del poder, por otra parte, tiene una antigua tradición en España, pues es muy conocido que procede ya de los textos visigodos. Desde éstos, no ha dejado de estar presente en las leyes, acuerdos, declaraciones, etc. Esta presencia hace imposible colocar a España como « estado moderno », si como tal, se admite una estructura eminentemente política y aética.

### 3.5. *La insuficiencia e irresponsabilidad del aparato de poder.*

La teoría más doctrinal es la que parece ver el Estado como aparato de poder, aunque, a mi modo de ver, para que sea autén-

tico aparato de poder tiene que ser autosuficiente, y al ser autosuficiente, debe y puede ser responsable. Si el Estado es « la organización misma » (88), sin exigirse más requisitos, toda estructura política es un « estado », pues salvo que sea totalmente primitiva, dispone de una « organización ». Hay que reconocer que esto se conforma con la frase vaga de Maquiavelo, en el sentido de los « estados » que han sido, pero, entonces, como categoría es inútil, y, desde luego, no sirve para caracterizar nada.

Es distinto si al aparato de poder se le exige para tener condición « estatal » el que sea autosuficiente, en el sentido de actuar por sí mismo, sin depender de ningún otro poder en lo esencial (89). En este caso, y puede ser discutible, la cuestión está en analizar si se ha producido en la Monarquía hispana la referida autosuficiencia del aparato de poder.

Dentro de este análisis, creo que se llega siempre a una conclusión, y es la de que en manera alguna la Monarquía hispana ha podido ser « un » estado, y que, en el mejor de los casos, habrá sido una pluralidad de estados. Las condiciones han sido muy distintas en Castilla, Navarra o la Corona de Aragón, y, posiblemente, todavía más en Flandes, Italia o Indias. Esto es lo que justifica, a veces, juicios distintos, como los que se producen entre el observador que reside en Castilla, o el que reside en Cataluña (90). En Castilla, el aparato de poder ha sido mucho más fuerte que en la Corona de Aragón, especialmente, tras la derrota de los comuneros castellanos (91).

(88) Es la tesis de A. GARCÍA-GALLO, en *loc. cit.* en nota 42, disponiendo de una buena baza, como es el texto de Covarrubias.

(89) Lo que no es admisible es la tesis ya citada de Chabod sobre una conciencia de Estado, reflejada en el espíritu de cuerpo de los funcionarios.

(90) El propio MARAVALL, *op. cit.*, tomo I, pags. 13-29 destaca las diferencias entre él, y Jaime Vicens Vives, que no encontraba innovaciones en España desde los Reyes Católicos a Felipe II. Por cierto, Vicens Vives se apoyaba para estas apreciaciones en Koenigsberger y en mis trabajos.

(91) Quizá, hay una contradicción en J. A. Maravall, cuando éste considera modernos a los comuneros de Castilla. Vid. *Las Comunidades de Castilla*, Alianza Universidad, 2ª ed. Madrid, 1979. Si eran « modernos » no se explica que se opusieran al « Estado moderno ». En todo caso, serían « ultramodernos », es decir, propugnarían un Estado más moderno que el que combatían.

El desarrollo de la burocracia es, probablemente, el fenómeno más « estatal » de los siglos XVI y XVII <sup>(92)</sup>. Se extravasa del estamentalismo, se « corporeiza » <sup>(93)</sup> o personaliza, presta una cierta responsabilidad ante el poder y la sociedad, y, en general, puede constituir el cañamazo de un aparato de poder autosuficiente y responsable. Sin embargo, no creo sea bastante para hablar de una entidad estatal. La venalidad de los oficios, la promoción privilegiada o graciosa, las reservas estamentales y otros muchos caracteres <sup>(94)</sup> de esa burocracia disminuyen su condición de fenómeno « estatal », aparte de que sólo la existencia de una burocracia desarrollada no es suficiente para poder hablar de « estado ». Entre otras cosas, esta burocracia no controla el poder, aparte de que ni siquiera controla la sociedad, cuyas estamentos superiores siguen teniendo indudable fuerza política <sup>(95)</sup>.

Tampoco los fenómenos jurídicos que se esgrimen, pueden implicar una condición estatal de la estructura. Casi todos ellos, proceden, además, de la edad media, o, incluso, son de todas las épocas y estructuras, como la idea de que el derecho sea un proceso <sup>(96)</sup>, o la aparición de ciertas garantías, como el « nulla poena sine iudicio », el « in dubio pro reo » o posibilidad de pedir un

<sup>(92)</sup> Helmut KOENIGSBERGER, *The Government of Sicily under Philip of Spain. A study in the practice of Empire*, Staples Press, 1951, considera que a fines del siglo, Sicilia ha experimentado el clásico paso del sistema feudal al sistema burocrático y conciliar, dándose el momento más decisivo en la primera década de Felipe II. Hay bastantes aportaciones españolas y francesas, en torno a la burocracia en este momento. P.e. puede citarse José M<sup>a</sup>. GARCÍA MARÍN, *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1976.

<sup>(93)</sup> Recuérdese que para Chabod esa « corporeización » era fundamental, pero la encontraba en Italia.

<sup>(94)</sup> Es abundante la literatura sobre venalidad de oficios, destacando J. H. Parry y F. Tomás y Valiente. Puede verse también mi obra *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, IEA. Madrid, 1970.

<sup>(95)</sup> Es del propio Maravall la tesis de que la nobleza se convierte en élite de poder.

<sup>(96)</sup> Vid. MARAVALL, *op. cit.*, tomo I, pags. 405-442. Se olvida que el « Libro de los juicios » visigodo, o los « Fueros de Aragón », p.e., muestran un Derecho basado en el proceso.

« juez legal »<sup>(97)</sup>. Únicamente, el fenómeno de la recopilación puede diferenciar una cara de la estructura política de los siglos XVI y XVII respecto a las medievales<sup>(98)</sup>, aunque explicable más bien por razones de técnica jurídica<sup>(99)</sup>.

### 3.6. *La ausencia de monopolización de la defensa y el orden público por el poder político.*

Hay una característica que creo fundamental para caracterizar una estructura política como « estatal », y es la de que el poder político o su titular, monopolice la defensa y el orden público. Esto es lo que no ha sucedido en la Monarquía hispana de los siglos XVI y XVII, y a ello me referiré más extensamente al tratar de la frustración de la Monarquía universal.

## 4. LA MONARQUÍA ESPAÑOLA UNIVERSAL O IMPERIAL, COMO ELABORACIÓN POLÍTICA CASTELLANA.

Con arreglo al lenguaje preferido de Maquiavelo, que es el que no ha sido preferido en él por la posteridad, la estructura española de los siglos XVI y XVII ha sido un « principado », con unos « estados hereditarios » o « reinos » y otros « estados adquiridos » o « dominios » y ello, especialmente, con los Austrias.

---

(97) Basta una ojeada al « Privilegio general » aragonés, o a cualquiera de las colecciones del siglo XIII, para encontrar estas garantías. Aparte de ello, probablemente, una mayor discrecionalidad judicial puede encontrarse en la edad moderna, como puede verse en Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969.

(98) MARAVALL, *op. cit.*, tomo II, al tratar del Derecho y las transformaciones de la vida jurídica, pags. 405-442, es decir, el *loc. cit.* en 96, alega también esto. La verdad es que la recopilación castellana no ha merecido de ninguno de los especialistas, los elogios que le tributa Maravall, sobre todo, el que sea « un producto, en pocas partes igualado, de las tendencias políticas en el campo del derecho ». Frente a lo que dice, la « Copulata » de Indias, que llama « Ovandina », no es un código. No atribuyo demasiada importancia a estos errores, que todos estamos cometiendo en las áreas que no son de nuestra especialización, aunque creo hay que constatarlos, para que no puedan ser mal utilizados.

(99) Yo he destacado el fenómeno de la Recopilación, hasta el punto de bautizar con él todo un período en la evolución del Derecho español, pero derivado de otro fenómeno, que es el del cumulativismo legal.

Con arreglo al lenguaje generalizado de la época, se ha tratado de una « Monarquía », que se diferencia de un « reino », como, en consecuencia, « Monarca » se diferencia de « rey », y ello ha sido muy bien visto por la historiografía española <sup>(100)</sup>. El « monarca » no aspira a ser el rey de un reino, ni tan siquiera el rey de diversos reinos, sino el del conjunto de ellos. No se conforma con actuar de diversa manera en cada uno de ellos, sino que pretende vincularlos a su persona, y dirigirlos y coordinarlos con fines comunes. Los Reyer Católicos han sido más « reyes » que « monarcas », en cuanto muy enraizados en sus reinos hereditarios. Los Austrias han sido más « monarcas » que « reyes », en cuanto sus dominios han sido muy extensos, e, incluso, la vinculación a los reinos o al reino que les ha servido de base lo ha sido a través del poder. Isabel era castellana y Fernando era castellano aragonés. Carlos no es español, y sus sucesores son más Habsburgos que españoles. En ellos, la dinastía predomina sobre la nacionalidad, lo que no había sucedido ni en el caso del Trastámara aragonés.

A la hora de calificar la « Monarquía », naturalmente, hay dificultades. Monarquía « hispana » o « española » sería apropiado, pero poco especificativo, pues también la Monarquía del siglo XVIII lo será. Aquí se va a jugar con calificativos, como el de « universal », « imperial » y « católica », ninguno de los cuáles es plenamente convincente. El último, por insuficientemente especificativo, pues también conviene a la monarquía del XVIII. Los otros dos, por insuficiente elaboración doctrinal. No obstante, y con esas reservas, creo que esos términos, en especial, el de « universal », son ventajosos, respecto a la calificación de « estado », que se ha combatido anteriormente.

#### 4.1. *La transitoriedad en el acceso de los reyes españoles a la dignidad imperial.*

Sólo transitoriamente han tenido acceso los reyes españoles a la dignidad imperial occidental. Alfonso X de León y IX de Castilla lo ha intentado, pero ha fracasado. Sólo Carlos I ha sido

---

<sup>(100)</sup> Lo ha visto bien MARAVALL, en *La Teoría española del Estado en el siglo XVII*, Madrid, 1944, y A. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, paragr. 1224.

auténtico emperador, y por razones de política internacional, no ha podido legar el imperio a Felipe II. Parece que éste lo ha intentado, recurriendo, incluso, al soborno en 1562, aunque sólo lo haya deseado por cuestiones de ceremonial <sup>(101)</sup>. También Felipe III ha sido candidato <sup>(102)</sup>. Parece que todos estos intentos han sido poco serios, pero no es extraño que hayan podido tener aspiraciones, en cuanto han pertenecido a los Habsburgos, la dinastía que ha monopolizado el Imperio, precisamente, a partir del fracaso de Alfonso, « el Sabio ».

Si España ha tenido o no, vocación imperial, es tema polémico. La historiografía española ha estudiado bien las posiciones doctrinales, que pueden resumirse en una subsistencia de la doctrina tradicional del Imperio, una visión utópica y una actitud de oposición <sup>(103)</sup>. La pretensión de que, precisamente, España haya sido el centro del Imperio y la suministradora de la idea imperial, parece exorbitada <sup>(104)</sup>. Aunque más realistas, tampoco creo en las simplemente negativas <sup>(105)</sup>. En España, como es natural, hubo tendencias distintas, pero, en conjunto, fue bastante receptiva, máxime cuando no tenía por qué serlo como Alemania, y Alemania no lo fué, o como los Países Bajos <sup>(106)</sup>. España, o más bien Castilla, lo fue hasta el punto de apoyar al Emperador frente a movimientos nacionalistas, como es el caso de las comunidades. Me da la impresión de que, incluso, Cataluña y Mallorca

<sup>(101)</sup> El dato y la interpretación son de BRAUDEL, *op. cit.*, cap. IV.

<sup>(102)</sup> El dato lo he recogido de J. BENEYTO, *España y el problema de Europa. Contribución a la Historia de la idea del Imperio*, Editora Nacional, 1942, en el capítulo que estudia la tensión entre nacionalismo e imperio.

<sup>(103)</sup> El mérito corresponde a J. A. MARAVALL, *Carlos V y el pensamiento político del Renacimiento*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pags. 167-268.

<sup>(104)</sup> Fué una tesis de R. Menéndez Pidal. Vid. BENEYTO, *op. cit.*, en el capítulo Europa y España, pags. 187-228. El propio Beneyto expone confusamente una versión española del Imperio, basada en conceptos, como el de caudillo y séquito.

<sup>(105)</sup> P.e., las representadas por F. Braudel y J. Vicens Vives.

<sup>(106)</sup> Braudel, que, caprichosamente, niega el papel de España, reconoce que Alemania tampoco lo ejerció. Lo atribuye exclusivamente a los Países Bajos, lo que no puedo constatar, pero lo que no me convence. La presión fiscal sufrida por Castilla, y la dilapidación de los metales de Indias, tienen que obedecer, aunque parcialmente, a las tareas imperiales.

se sintieron bastante atraídas por la figura del Emperador y el País Vasco no fué adverso <sup>(107)</sup>. No fué España la que mostró interés en que Felipe II no heredara el Imperio, y, por el contrario, fue la que suministró un nuevo emperador, ya que el hermano de Carlos fue más español que éste. Creo que los nacionalismos se muestran muy patentes en la historiografía que ha abordado estos temas.

#### 4.2. *La impracticabilidad de un Imperio español.*

Sólo teóricamente se ha podido hablar de un « imperio español » en la edad media, pese a la ostentosa coronación de Alfonso VII. Así lo entendió Diego de Valera, al decir que no había sido legítimo el título de « Emperador de España », que habían llevado algunos reyes <sup>(108)</sup>. Pretender la consagración de un Imperio español en la edad moderna era totalmente utópico, pues en el occidente europeo no había lugar para dos imperios. Sólo cabía hablar de « imperio » respecto a Indias, y así se hace ideológicamente por Hernán Cortés y por Juan Solórzano Pereyra, o se emplea aduladoramente en el siglo XVII <sup>(109)</sup>. En realidad, era una prefiguración de lo que Inglaterra hará siglos después en relación a la India. Por otro lado, hay que destacar también que la consagración del Imperio no ofrecía nada práctico, pues el dominio español no era discutido jurídicamente. En consecuencia, desde el momento en que el rey español dejó de ostentar la dignidad imperial en Europa, no pudo pensarse en ninguna titularidad similar.

---

<sup>(107)</sup> Solo se registra una muy discutible comunicación entre el bando guipuzcoano de Hernani con los comuneros.

<sup>(108)</sup> La cita es de J. A. MARAVALL, *op. cit.* en nota 96, cap. I, de la parte II, nota 60.

<sup>(109)</sup> Vid. BENEYTO, *op. cit.* en nota 102, cap. dedicado a política exterior, 228-264. Solórzano habla de « emperador de las regiones del Sol », y a Felipe IV se le llama « Emperador de las Indias » en 1640, aunque, como dice Beneyto, como pompa. Según Maravall, Laynez llama a Felipe IV « Emperador de América ». Fr. Pedro MOLINER, *Lagrimas del Geremías catalán*, Tarragona, 1644 (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 5948), se dirige « a la Real Clemencia de Filipo IV, el Grande, Rei de las Españas, Emperador de las Indias, legitimo Señor de Cataluña ». Moliner era catedrático de Teología en la Universidad de Lérida.

4.3. *La posibilidad de sustituir el Imperio con una Monarquía universal o imperial.*

Las dos Coronas que, juntamente, con Navarra, constituyen España en sentido estricto <sup>(110)</sup>, son formas políticas expansivas o en expansión. La Corona de Aragón lo ha hecho desde el siglo XIII en el Mediterráneo, y se encuentra en un período de agotamiento expansivo <sup>(111)</sup>. La de Castilla, sin concluir todavía su condición de forma política suficiente <sup>(112)</sup>, ha iniciado su expansión en el Atlántico, en competencia con la otra unidad política peninsular, Portugal, componente de una España en sentido amplio <sup>(113)</sup>. El conjunto, en consecuencia, tiene que ofrecer un componente de expansión, a menos, naturalmente, que sea frenada por otras formas, igualmente en expansión.

La coincidencia de que un rey español haya alcanzado la dignidad imperial ha servido bien a ese componente expansivo, y es por lo que España se ha integrado con facilidad en la tarea imperial. Como ya se ha indicado anteriormente, es desorbitado decir que sea España la que ha guiado el Imperio y ha elaborado la idea imperial. La naturaleza y los fines del Imperio han procedido de su propia dinámica, dentro de la que España ha participado también, pero como un eslabón en la larga cadena de los condicionamientos. Decir que España ha permanecido al margen del Imperio, o que se ha visto arrastrada a la fuerza por éste, también es desorbitado. La condición expansiva de las Coronas españolas se ha visto amparada por el Imperio, y éste le ha facilitado nuevas vías de expansión. Aún el tópico de que todas estas integraciones sólo atraen a determinados grupos de la sociedad, no es enteramente verdadero, pues esa expansión ha

---

<sup>(110)</sup> Vid. MARAVALL, *op. cit.* (pags. 323-400). Encuentra la objetivación de « corona » y « cetro real » en el siglo XV, y en el siglo XVI, la de « Corona d'España ». Impugna a Batista i Roca, en el sentido de que lo que nunca se encuentra es « Coronas de España », y creo que Maravall está en lo cierto.

<sup>(111)</sup> Vid. mi obra, *La expansión de la Corona de Aragón en el Mediterráneo medieval*, Institución Fernando, el Católico, Zaragoza, 1979.

<sup>(112)</sup> Sobre estas categorías, vid. mi obra cit. en nota 23 parágrafos 486-490.

<sup>(113)</sup> Me refiero, « históricamente », sin ningún intento de desconocer el nacionalismo portugués.

facilitado la nutrición de gran parte de la población no inserta en aquéllos. Naturalmente, todo ello ha implicado el derramamiento de sangre, y no es extraño que a la larga haya suscitado reacciones contrarias, de abandonismo, aún cuando, realmente, no, respecto al Imperio, sino a las supervivencias del Imperio <sup>(114)</sup>.

El desenganche del vagón español en cuanto al tren imperial, se ha realizado sin traumatismo alguno. España no ha perdido ningún territorio y, por el contrario, se ha encontrado afianzada en Europa, a cuyo área ha pertenecido siempre, y con total intensidad <sup>(115)</sup>. Su unión con el Imperio ha sido puramente personal, y, por tanto, aun durante el período que ha permanecido con él, no ha dejado de constituir una unidad aparte, con su naturaleza específica y sus fines propios.

Esa unidad específica no tiene nada más que una denominación políticamente indiscutible, y es la de «monarquía». Algún autor moderno la ha calificado de «monarquía imperial» <sup>(116)</sup>, y esta denominación no deja de ser apropiada. «Imperial» ha sido la monarquía española, en cuanto ésta ha alcanzado la dignidad imperial con Carlos I, e «imperial» ha sido después en el sentido de una monarquía expansionista. Si no se quiere emplear este término de «imperial», porque tras Carlos I, la monarquía española no ha tenido ninguna vinculación institucional con el imperio, puede emplearse el de «universal». Este término que, como el de «estado» se ha acuñado en Italia o por italianos <sup>(117)</sup>, puede

<sup>(114)</sup> El «abandonismo» de Cervantes respecto a Flandes, ha sido registrado por BENEYTO, *Espíritu y Estado ...*, pags. 133-149.

<sup>(115)</sup> Defiendo esta tesis en mi colaboración dentro de una obra dedicada a la Historia de España, que dirige Miguel Artola, y se editará por Alianza Editorial, S.A.

<sup>(116)</sup> Se encuentra en Fritz WALSER, *Die spanischen Zentral-behörden und der Staatsrat Karls V.*, complementado por Rainer Wohlfeil, y con prólogo de Percy Ernst Schramm. Göttingen, Vanderhoeck et Ruprecht, 1959.

<sup>(117)</sup> El origen puede estar en Dante, y su continuador en Gattinara, según Batista i Roca, en el prefacio a la obra de Koenigsberger. El término fue adoptado por A. García-Gallo, y también por mí. Vid. nota 23. Mercurino Arboreo de Gattinara es obieto actualmente de atención intensa, habiendo aparecido un libro del Prof. John MILES HEADLEY, de Carolina del Norte (E.E.U.U.), titulado *The Emperor and his Cancellor. A study of the imperial chancellorry under Gattinara*, Cambridge University Press, 1983.

indicar aquella monarquía, cuya expansión es teóricamente ilimitada. No se reduce a un continente, o a una zona de un continente, sino se extiende a todos los conocidos, alguno de los cuáles ha dado a conocer, incluso. Desde el punto de vista de la expansión, va más allá del Imperio, pues éste se circunscribe a un continente, y aún en éste a una zona del mismo. Existe una diferencia importante con el Imperio, y es la de la consagración de éste, su dignidad, que le hace sucesor del Imperio considerado como el más grande de todas las épocas, como ha sido el romano.

Los términos « monarquía imperial » o « monarquía universal » son más especificativos que los de « estado » o « estado moderno ». En los siglos XVI y XVII no hay más monarquía imperial o universal que la de España. Quizá, Francia ha aspirado en algún momento a ser monarquía imperial, pero no lo ha conseguido, y, desde luego, no ha sido monarquía universal. Portugal, que en algunos momentos se ha acercado a una monarquía universal, no ha tenido la condición imperial, y, además, en otros momentos ha pertenecido a la monarquía universal española. Por otra parte, se necesario subrayar que, cuando hablo de « monarquía imperial » o de « monarquía universal », estoy hablando en lenguaje político, y en manera alguna, en lenguaje jurídico, como más adelante se dirá.

Sistematizar los elementos fundamentales de toda « monarquía universal » es arriesgado. Indicar cuáles han sido los de la monarquía universal española, que no se identifica con el concepto erasmista de la de Gattinara, lo creo posible, y son, a mi juicio, los siguientes: a) expansión universal o pluricontinental; b) exención del Imperio; c) base metropolitana nacional; d) unidad religiosa; e) lengua dominante, y f) autoritarismo moderado.

#### 4.4. *La elaboración política castellana del concepto de Monarquía española e Imperio de Indias.*

La expansión universal o pluricontinental es una evidencia, que no necesita demostración. Los reyes españoles, tienen dominios o posesiones en Europa, Asia Africa, América y Oceanía. La conocida frase de que en los dominios del rey español no se pone el sol es acertada y expresiva, en cuanto al poder universal de aquél.

La exención del Imperio procede de varios siglos atrás, y lo único que hay que registrar para este período es el que se mantiene la doctrina que lo predica, especialmente, en los juristas <sup>(118)</sup>. Hay que destacar que esta doctrina, en el siglo XVI es pura rutina, y que ya ha sido pura rutina, incluso, desde el siglo XIII. El Imperio no ha amenazado nunca la plena potestad de los reyes españoles, a diferencia de lo que ha sucedido con la Iglesia. Por tanto, no hay que concederle más importancia que la de una mera tradición política. En todo caso, lo único que hay que destacar es que no sufre variación por el hecho de que sea un rey español el que ocupe el Imperio, y ello es natural, pues siempre se considera que esto es accidental. Incluso, los que profesan una visión utópica del Imperio <sup>(119)</sup>, ni por lo más remoto niegan la citada «*exemptio imperii*».

Lo que ya no constituye una realización, sino el intento de llegar a ella, es el contar con una base metropolitana nacional. España no es en ese momento una nación, y lo que, frecuentemente, denominamos «español» es, exclusivamente, «castellano» <sup>(120)</sup>. Lo que existe es un denodado esfuerzo de Castilla por metamorfosearse en España, lo que proviene de la edad media. En esa edad media, el intento de recomponer la vieja unidad

---

<sup>(118)</sup> BENEYTO, *España y el problema ...*, pag. 228, destaca que no hay hostilidad española al Imperio, y que Vitoria no es un cesarista, aunque tampoco es un ginebrino. MARAVALL, *Carlos V y el pensamiento ...*, incluye a Palacios Rubios y a Vitoria en los opuestos a la idea imperial. Yo he recogido también la doctrina de la «*exemptio imperii*» en los escolásticos castellanos, y de la Monarquía española en el País Vasco.

<sup>(119)</sup> Vid. MARAVALL, *Carlos V y el pensamiento ...*, pags. 181-231.

<sup>(120)</sup> Es lo que ocurre con la denominada «escolástica española», conforme he indicado en *Anotaciones historicistas al jusprivatismo de la Segunda Escolástica*, y en *Una ideología para un sistema*, trabajos ambos publicados en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 y 8, 1979 y 1979, respectivamente. Curiosamente, Martim ALBUQUERQUE, *Jean Bodin na Península Ibérica*, Fandação Calouste Gulbenkian, París, 1978, pags. 41-74, preconiza que la escuela española se llama «peninsular». Se explica porque Albuquerque no está contemplando la realidad levantina, sino la portuguesa, en la que Aires Pinhel, Soares da Ribeira y Jeronimo Osorio frecuentan Salamanca, y Salgado de Araujo, Pedro Barbosa y Luis Marinho de Azevedo escriben en castellano. Recuérdese, además, la vinculación de Suarez a Coimbra, por ejemplo.

visigótica ha sido iniciado por leoneses, catalanes, aragoneses y navarros, pero, desde Alfonso VI, Alfonso VII y, sobre todo, Alfonso X, ha sido Castilla la que ha absorbido ese movimiento, constituyendo con éste el « fecho d'España », menos conocido que el « fecho del Imperio », pero más importante, en cuanto menos utópico.

Ese esfuerzo denodado al que se ha hecho referencia, se manifiesta en la frecuente substitución del gentilicio « castellano » por el de « español ». El Dr. la Mota, obispo del Badajoz dice que es « nuestro rey español » el que se ha convertido en « Rey de Romanos y Emperador del mundo » (121). Cuando Juan Bautista de Villalobos habla del derecho del « Reino de las Españas » se refiere al castellano, al que, además, considera como derecho común (122). Toda la llamada Segunda Escolástica habla siempre de España, sin tomar para nada en consideración los territorios no castellanos (123). Solórzano Pereira habla indistintamente de castellanos y españoles, como habla de Reyes y reinos de España (124). Antonio Pérez habla de « los naturales de España » (125). A veces, parece distinguirse entre « España » y las « Españas », como es el caso del Bachiller Palma, cuando preconiza que con el infante D. Juan, el hijo de los RR.CC. « los rreynos d'España en un rregno vendran » (126), pero no sucede siempre, como se ha visto en el caso de Villalobos. Por otro lado, se descubre que la época tiene conciencia de lo que hace. Por ejemplo, el canónigo Juan

(121) Vid. el dato, p.e., en John LYNCH, *España bajo los Austrias*. I. *Imperio y absolutismo (1516-1608)*, Ediciones Península, Barcelona, 1970.

(122) Ioanne Baptista a VILLALOBOS Hispano ac Toletano, *Antinomia iuris Regni Hispaniarum, ac civilis, in qua practica forensium causarum versatur: ac Erarium commune opinionum iuxta ordinem alphabeti, cum concordantiis ac discordantiis legum Regni Hispaniae*, Salamanca, 1569. Es obra póstuma, pues el autor falleció en 1562. Desarrolla la rutinaria tesis de la « exemptio imperii », pero, además, declara que el « ius regium » es el derecho común, y, deficiente el derecho canónico, hay que recurrir a él, y no, al D. romano (fols. 1 a 3).

(123) Vid. mis trabajos cit. en nota 119, especialmente, el primero.

(124) En *Política Indiana*, ya citada. Juan BENEYTO, *España y el problema ...*, pags. 163-169, registra que Pedro Martir de Anglería habla de « Hispania ».

(125) *Op. cit.*, pag. 158.

(126) La cita es de J. A. MARAVALL, *Estado moderno ...*, tomo I, cap. II en pags. 87-160.

Gutierrez escribe sobre las « leyes reales españolas », que, en realidad, son las leyes castellanas, pero el tasador real sustituye « leyes españolas » por « recopilación », y el Rey, al autorizar la obra, no hace mención a España, sino que con propiedad habla de « estos nuestros Reynos de Castilla » (127). Ya los Reyes Católico no se habían atrevido a titularse Reyes de España (128).

Esto se manifiesta en la titulación que, privadamente, se otorga a los reyes, especialmente, en el siglo XVII, menos recatado que el XVI. Aunque Felipe II se intitula a sí mismo « Señor de las Indias », Solórzano Pereira, al referirse a él, le califica de « Hispaniarum, et Indiarum Rex » (129). El afamado jurista, que llama « Nuevo Orbe » a las Indias Occidentales, se encuentra por completo, dentro de la teoría de una « Monarquía Universal ». A Felipe IV le dice, que su atención se extiende a « todo un Imperio », pero « por mejor decir », lo que indica que está precisando al máximo, lo es a « una Monarquía la más estendida, y dilatada que se ha visto en el mundo » (130). También es muy importante, el que se plantee si los criollos, mestizos y mulatos deben ser tenidos por « españoles » (131), dando así, por descontado, una nacionalidad « española », que desplaza la nacionalidad castellana, aragonesa, catalana, valenciana, mallorquina o navarra.

Ya en este siglo, el rey puede ser llamado « Monarca de España » (132), « Rey de las Españas, Emperador de las Indias » (133),

(127) Juan GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum circa Leges Regias Hispaniae, secundae Partis nouae collectionis Regiae*, Madrid, 1611. El tasador le llama « Quarta parte de las practicas ciuiles sobre la Recopilación ». El Rey, al autorizar esta obra del canónigo de la Doctoral de Ciudad Rodrigo, habla de « estos nuestros Reynos de Castilla ».

(128) Vid. BENEYTO, *op. cit.* en nota 123, con referencia a la Crónica, de Hernando del Pulgar.

(129) Vid. SOLÓRZANO, *op. cit.*, pags. 83 y 86.

(130) *Op. cit.* Vid. la dedicatoria al R.

(131) Id. id. cap. XXX. El Fuero de Vizcaya hace reiterada alusión al « Fuero de España ».

(132) Vid. Juan BENEYTO, *op. cit.*, pags. 265-283, con referencia, especialmente, a Pedro Salazar de Mendoza, que habla de « Monarquía de España », y Ioseph PELLIZER DE TOVAR, *Idea del Principado de Cataluña*, Amberes, 1642, que dedica un volumen « a un Monarca de España ».

(133) Vid. MOLINER, *op. cit.*

e, incluso, « Archirrey del Viejo Mundo y Emperador del Nuevo » (134).

Incluso, en Cataluña puede darse lugar a reconocimientos y tratamientos de este tipo, pero, o bien es precozmente, y cuando Castilla no constituye peligro (135), o se trata de « españoles » en la guerra de Secesión (136). Por el contrario, y no dándose ese caso, en Cataluña se precisa que son Reyes de Castilla (137), y aún lo hacen los propios castellanos (138). Algún jurista catalán se ha declarado también « español » (139), sin duda, por su afección o dependencia del Rey, en cuanto doctores o magistrados de la Audiencia real.

No creo que la unidad religiosa sea básica para una Monarquía Universal, pero puede coadyuvar a la unidad política. Esto es lo que ha sucedido con la profesión general de la fé católica, especialmente, a través de uno de sus instrumentos más conocidos, como ha sido el de la Inquisición. Creo que hay unanimidad en la opinión de que la Monarquía utilizó la Inquisición para perseguir a sus enemigos políticos, que, por otra parte, coinci-

(134) BENEYTO, *op. cit.*, con referencia a las « Vindiciae Hispanicae », de Juan Jacobo Chifflet, caballero y médico de Felipe IV.

(135) Vid. los ejemplares que recoge Juan BENEYTO, *op. cit.*, pags. 163-169. Se refiere a que Andrés Alfonsello, canónigo gerundense, en 1473, habla de « sui imperii Hispaniarum », y a que el obispo Margarit dedica a los RR.CC. su « Paralipomenon Hispaniae ». Debe tenerse en cuenta el momento en que esto sucede.

(136) P.e. Fr. Pedro MOLINER, *Apologia in Orationem Reverendissimi Episcopi Lamarca Galli contra Hispaniarum Regem apud Gotholanorum Clerum declamantis*, Tarragona, 1644 (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 5126).

(137) Los impresos de la guerra de Secesión hablan de « Emperador, Rey Cristianissim y Rey de Castella », en relación a los tres grandes personajes de ese momento.

(138) P.e. Francisco de QUEVEDO, *Proclamacion o Aclamación a la Magestad de Felipo Quarto Rey de Castella*, Barcelona, 1641. (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 6142).

(139) P.e. Miquel de CALDERÓ, *Sacri Regii Criminalis concilii Cathaloniae Decisiones*, Barcelona, 1687. En la censura de de Jaime de Potau y Moles, se dice de él: « nusquam dormitans, nusquam devium, nusquam erroneum, semper Iuridicum, semper Hispanum, semper Catholicum ». Buenaventura DE TRISTANY, *Sacri Supremi Regii Cathaloniae Senatus Decisiones*, Barcelona, 1686, recuerda con cariño a Carlos, « Hispaniarum Monarcha, Germanique Imperator », que ostentaba el Condado de Barcelona más que la diadema de los romanos.

dieron muchas veces con los enemigos de la propia religión católica. La Inquisición no sólo ha actuado en España, sino en Italia y en los Países Bajos. En Sicilia ha sido introducida por Torquemada en 1487, y, en general, ha sido muy impopular, aunque a causa de las inmunidades fiscales y legales <sup>(140)</sup>. En los Países Bajos, Felipe II no ha necesitado introducirla, pues ha considerado muy eficaz la ya existente <sup>(141)</sup>. En el Franco Condado, también le han servido los precedentes <sup>(142)</sup>.

La lengua ha sido un factor muy importante para una unidad metropolitana nacional. Dominante ya en Aragón y Navarra, ha sido el castellano esa lengua, que sólo ha encontrado la resistencia del catalán. Muy evolucionado, sobre todo, desde el siglo XIII, es muy conocida la frase de que « siempre la lengua fue compañera del imperio », y que procede de Nebrija, el gran humanista, discípulo de Lorenzo Valla <sup>(143)</sup>. Debe tenerse presente la íntima conexión entre la gramática y el derecho, pues Irnerio y los primeros glosadores han sido gramáticos, y sólo a través de la gramática se han especializado en el derecho. Con el humanismo, la nueva versión del derecho romano aparece de mano de los gramáticos, que, en realidad, son los lógicos, por lo que no es extraño que Nebrija estudie el derecho, pero como gramático, y que en 1537, la Universidad de Lovania prohíba enseñar el derecho « gramaticaliter, aut aliis novis medis » <sup>(144)</sup>.

La lengua es un magnífico elemento de unión. A la Emperatriz Isabel de Portugal, se le considera española en cuanto es « de nuestra lengua », lo mismo que a Carlos V, en especial, cuando éste se expresa en Roma y ante al Papa, en castellano <sup>(145)</sup>. En 1539, Francisco I convierte el franco de la Isla de Francia en lengua oficial, frente al bretón, normando y franco, que son lenguas « de oil », y frente al gascón y provenzal, que son lenguas

<sup>(140)</sup> Vid. KOENIGSBERGER, *op. cit.*, pags. 140-170.

<sup>(141)</sup> Vid. LYNCH, *op. cit.*

<sup>(142)</sup> Vid. Lucien FEBVRE, *Philippe II et la France-Comté*, París, 1912.

<sup>(143)</sup> Cfr. José Luis ABELLÁN, *El erasmismo español. Una historia de la otra España*, Las Ediciones de el Espejo, Madrid, 1976, 17-48.

<sup>(144)</sup> Cfr. BENEYTO, *Espíritu y Estado ...*, pags. 91-100.

<sup>(145)</sup> Cfr. BENEYTO, *España y el problema ...*, pags. 285-315.

« de oc » (146). A principios del XVI, A. Alonso advierte que el castellano evoluciona hacia la condición de una lengua general, desprendiéndose de su carácter local castellano viejo, y en 1555, « El Anónimo de Lovaina » se ocupa en explicar por qué la lengua se llamaba « española » (147). Es muy significativo el título de la obra de Covarrubias en 1610, y que es el de « Tesoro de la lengua castellana o española » (148). Se produce una identidad entre lengua castellana y española, aunque la segunda expresión no sustituya nunca totalmente a la primera (149). En consecuencia, el castellano aparece como lengua dominante, aunque no excluyente. En Cataluña, Valencia y Mallorca se legislará y recopilará en catalán, o en las variantes de éste. Es cierto que se producirá una penetración del idioma castellano, a través de la administración virreinal, y que, incluso, Barcelona constituirá un centro importante de impresión en lengua castellana, pero el catalán resistirá tenazmente, y, en especial, en el siglo XVII se producirán frecuentes encuentros entre las dos lenguas (150).

Todo esto ha ido acompañado de un gobierno, que, frecuentemente, aparece calificado como de « absoluto » (151). Aún adop-

(146) Vid. Luis A. Arocena, en la ed. cit. de la obra de Maquiavelo.

(147) Cfr. MARAVALL, *Estado moderno ...*, tomo I, 457-510.

(148) Cfr. BENEYTO, *Espíritu y Estado ...*, pags. 50-55. Es sugerente la afirmación de Covarrubias, en el sentido de que « si se hubieran conservado los nombres que Adán puso a las cosas, supiéramos sus esencias, sus calidades y propiedades ... ».

(149) SOLÓRZANO, *op. cit.*, habla de « lengua castellana ».

(150) En 1636, aparecen un « Memorial en defensa de la lengua catalana para que se predique en ella en Cataluña », de Diego Cisteller, y otro, en defensa de la lengua castellana, para que igualmente se predique en ésta, de Juan Gómez Adrin (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 5174 y 9966). Sobre este problema, vid. mi obra *La institución virreinal en Cataluña*, Instituto Español de Estudios Mediterráneos, Barcelona, 1964.

(151) Mousnier, Hartung, Marongiù, etc. en el extranjero, y Vicens Vives, Francisco Tomás y Valiente y otros, en España. Sin embargo, algunos de los extranjeros distinguen épocas. Tengo que discrepar de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, dado que la exposición que realiza de la Monarquía del siglo XVII, no es la de una Monarquía absoluta. No comprendo que « absoluto no significa poder único, sino poder soberano » (pag. xxvii, del prólogo), pues, entonces, el Estado liberal es un Estado absoluto. Su exposición, que creo acertada en conjunto, es titulada deficientemente, en mi opinión.

tando un criterio etimológico, no lo creo acertado, pues en la Monarquía de los Austrias el Rey no aparece completamente « libre » de las leyes. Ultimamente, y aunque se haya seguido adoptando el calificativo, se ha hecho observar acertadamente, que ninguna monarquía occidental ha gozado de poder absoluto, lo que la diferencia del gobierno turco de la época <sup>(152)</sup>, lo que ya había destacado Ranke <sup>(153)</sup>. Aún sin establecer la comparación con el poder turco, creo que la calificación de « absoluto » para la Monarquía de los Austrias impide la comparación de ésta con la de los Borbones, del siglo XVIII. Indudablemente, ambas no son lo mismo, e, indudablemente también, la monarquía borbónica es más personalista o voluntarista que la austríaca. Creo que ha podido inducir a error expresiones, como la de « potestas absoluta » o « poderío real absoluto », cuando éstas lo que han significado es la exención del imperio o ciertas facultades extraordinarias que han caracterizado al Rey frente a otros poderes, como ha sido ya aclarado por la historiografía actual <sup>(154)</sup>. Opino que hablar de Monarquía « absoluta » es exagerado para Castilla e Indias, y, desde luego, disparatado para Navarra o la Corona de Aragón, por no hablar de Portugal o de Flandes, ya que, pre-

---

<sup>(152)</sup> Vid. Perry ANDERSON, *El Estado absolutista*, Siglo veintiuno de España. Trad. Santos Juliá, 1979, pags. 38-54.

<sup>(153)</sup> Leopold von RANKE, *La Monarquía española de los siglos XVI y XVII*, trad. Manuel Pedroso, Editorial Leyenda, México, 1946, introducción pags. 9-11, contraponía la monarquía española, como limitada, al Imperio turco, basado en la esclavitud, y decía que se encontraba muy distinta de ser un Estado « un Estado con unidad orgánica, dominado por un interés único y costante ».

<sup>(154)</sup> Lo hizo Luis SÁNCHEZ AGESTA, *El poderío real absoluto en el testamento de 1554*, Carlos V. Homenaje de la Universidad de Granada, 1958, pags. 439-460. Según el A., la fórmula es una versión de la « potestas absoluta » o « plenitudo potestatis », pero no lo es en el sentido de disponer libremente, sino en el de poseer una potestad extraordinaria para determinados actos, como son legitimar hijos ilegítimos, derecho de gracia, « restitutio in integrum », emancipación, ausencia, dispensa de nacimiento, creación de notarias, habilitación de caballeros, etc., fórmula que, por otra parte, no era nueva, pues se encuentra con habitualidad en Juan II. Creo que esto no ha sido comprendido por J. A. MARAVALL, *Estado moderno ...*, tomo I, pags. 249-321. Sin negar que ese « poderío real absoluto » es importante, no puede equipararse a soberanía. Siendo importantes, son un número cierto y determinado de facultades jurídicas, que pueden encontrarse, incluso, en algunos Estados liberales.

cisamente, los flamencos son los que lo encuentran, pero en Castilla, y en relación a ellos <sup>(155)</sup>. Por otra parte, hay diferencias a lo largo de los siglos XVI y XVII, como se destacará más adelante, de forma que el siglo XVII está más cercano del absolutismo que el XVI.

Creo que es más acertado hablar de « autoritarismo », y aún de « autoritarismo moderado ». « Autoritarismo » significa que ha predominado el orden, a costa de la libertad, y, por tanto, no es que se sostenga que el gobierno fue dulce o suave para los súbditos. Lo que se quiere decir es que entre los regímenes con preferencia por el orden sobre la libertad, es preciso establecer una gradación, y la Monarquía de los Austrias no monopolizó el poder como lo hicieron los Borbones, y mucho menos aún que lo hicieron los turcos. Téngase en cuenta que la propia Inquisición no es manejada directamente por el poder político, que reside en el Rey, sino indirectamente a través de otros poderes, como es el de la Iglesia. El Austria domina más territorios que el Borbón, que es lo que le proporciona a su monarquía el carácter de « universal », pero menos fuertemente que lo hace el Borbón, lo que permite calificar a éste de « absoluto », aunque no sea del todo propiamente.

El denominado « absolutismo » de Bodin, cuya originalidad ha sido puesta en duda en nuestro país <sup>(156)</sup>, ha tenido mala recep-

---

<sup>(155)</sup> Según MARAVALL, *op. y loc. cit.*, los señores alemanes y flamencos decían que no querían ser mandados « a la façon d'Espagne ». No niego que disfrutaran de más libertades en sus países que en España, pero no creo que una opinión circunstancial sea suficiente para justificar la condición de « absoluta » en la Monarquía española. Alemanes y flamencos no le aplican este calificativo, y su opinión, además de circunstancial, es interesada. Seguramente que muchos españoles no querían ser gobernados a la manera de los Países Bajos, sin que esto sea determinante de una condición.

<sup>(156)</sup> Por Tierno Galván, según ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pag. 41 y ss., Juan BENEYTO, *Espiritu y Estado ...*, pag. 91 y 100, parece encontrar el concepto de « puissance absolue » en Budeo. Madeleine FOISIL, *La loi et le monarque absolu*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I. Florencia, 1977, pags. 221-236, informa sobre Louis Charondas le Caron, contemporáneo de Bodin, como un teórico de la monarquía absoluta en « Pandectes ou digestes du droit français ». Para este Loys le Caron, el Rey tiene su poder de Dios, es « Empereur de France », y se intitula « Roy de France », lo que no pueden hacer otros, porque esto es una « préeminence de souveraineté absolue ».

ción en España <sup>(157)</sup>, como lo había tenido Maquiavelo. Incluso, el término « soberano » no se emplea, sino la fórmula « con suprema o superior autoridad » <sup>(158)</sup>, lo que justificaría aún más el término « autoritarismo », aquí utilizado. Aunque sin desconocer el carácter retórico de expresiones como la de « bonum commune » <sup>(159)</sup>, no puede compararse a los elogios de Solimán por Bodin <sup>(160)</sup>. El concepto de « officium », aplicado al mismo rey, es un elemento de moderación, como ha destacado la historiografía <sup>(161)</sup>. Como en el caso de alguna otra fórmula anteriormente aludida, no hay que dejarse llevar por las palabras ante el hecho de que Felipe II en 1559, conceda a su hermana Margarita de Parma « pleine, libre et absolue puissance » como regente en los Países Bajos y Franco Condado <sup>(162)</sup>, pues, aparte de que a continuación pasa a restringirla, lo que quiere decir es que la transpasa todo su poder. Por tanto, la plenitud o absolutismo, se refiere más a la transferencia, que al poder en sí. Fórmula tan aparentemente absoluta, como es la del « car ainsi nous plaît-il » <sup>(163)</sup>, es en Flandes donde la utiliza la Monarquía española, precisamente, donde menos puede emplearse como absoluta.

Volviendo a la valoración anteriormente realizada, la indicada moderación es sólo relativa, es decir, es lo que aleja el gobierno de un absolutismo a la manera francesa, y mucho más, de un despotismo a la turca. Esto no debe hacer incurrir en el error de calificar la fórmula como no autoritaria, o, todavía, más, como « democrática ». No necesito insistir mucho, porque me he pronun-

<sup>(157)</sup> Vid. ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pags. 77-118, 121-145, y 149-179.

<sup>(158)</sup> Lo dice MARAVALL, en *Teoría* ...

<sup>(159)</sup> Vid. ALBUQUERQUE, pags. 149-179, en relación a Juan Ginés de Sepúlveda, es decir, en relación a uno de lo más radicales.

<sup>(160)</sup> Vid. *op. cit.*, 41-74, donde se reconocen excesos en Bodin, como apologeta de Solimán cuando éste mata a su hijo, Mustafá, por tornarse demasiado popular.

<sup>(161)</sup> Lo hace acertadamente J. A. MARAVALL, *Estado y mentalidad ...*, Tomo I, pags. 323-400.

<sup>(162)</sup> FEBVRE, *op. cit.*

<sup>(163)</sup> Vid. John GILISSEN, *Les états généraux en Belgique et aux Pays Bas sous l'ancien Régime*, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, XXIV, Bruselas, 1966, 401-437.

ciado ampliamente sobre ello <sup>(164)</sup>. La doctrina oficial del siglo XVI es la del « pactum subiectionis » <sup>(165)</sup>, lo que significa que la comunidad ha transpasado el poder irreversiblemente a la realeza. La doctrina del tiranicidio, que representa Juan de Mariana, no puede ya engañar a nadie, y la historiografía reconoce que la tiranía por defecto de título ya no podía existir en ese momento, así como que era más expuesta en defensa de la Iglesia que por otra circunstancia <sup>(166)</sup>. Buena prueba de ello, es que no inquieta a los Austrias en ningún momento, y con razón, haciéndolo, en cambio, a los monarcas franceses, dadas sus diferencias con la Iglesia.

El autoritarismo ha sido más intenso en Castilla que en Navarra y la Corona de Aragón, sobre todo, una vez que ha sido sofocado el movimiento de las Comunidades. Con fuerte resistencia, se ha extendido a Aragón, a fines del siglo XVI, y también a Cataluña, donde la resistencia llegará al cénit a partir de 1620, y, sobre todo, desde 1640 <sup>(167)</sup>. En este momento es cuando el

---

<sup>(164)</sup> Sobre todo esto, vid. mi segundo trabajo cit. en nota 119. A los autores en él combatidos, hay que agregar J. A. MARAVALL, *op. cit.*, pags. 401-447, cuando considera a Suárez como un predecesor de Rousseau, más directamente que Hobbes, Spinoza o Grocio, lo que considero totalmente inadmisibile; y también a José Luis ABELLÁN, *op. cit.*, pags. 174-175, cuando exalta a Fr. Luis de León como defensor de la paz, y tiene que reconocer que ha sido pintado « ya de hombre irascible y colérico, ya de amante de la paz y la naturaleza ».

<sup>(165)</sup> En contradicción con la pretendida base « democrática », el propio J. A. MARAVALL, *op. cit.*, pags. 249-321 reconoce que en Vitoria, no es el ejercicio del poder lo que se entrega, sino el poder mismo, y el Rey es ministro de Dios, no, de la República; en Martín de Azpilcueta, la comunidad no puede abdicar, pero el escolasticismo le permite explicar el papel del príncipe, como el que convierte en acto la potencia insita en la comunidad. En fin, Maravall ve perfectamente el autoritarismo de Suárez, y hasta la escasa influencia del P. Mariana. Por su parte, Juan BENEYTO, *España y el problema ...*, se refiere a Francisco VELASCO DE GOUVEIA, quien en su *Justa aclamação do Serenissimo rei de Portugal don Joao IV*, Lisboa, 1644, aplica las lecciones de Azpilcueta, Suárez y Molina sobre el « pactum subiectionis », como también lo hace Manuel de Sá, en sus difundidos « Aphorismos ».

<sup>(166)</sup> Vid. MARAVALL, *op. cit.*, pags. 323-400, quien ve bien como son los jesuitas (Molina, Suárez, Mariana), con algún no jesuita (Márquez), los que invocan el tiranicidio para minar el absolutismo de algún rey alzado contra la potestad pontificia.

<sup>(167)</sup> Sobre ello, vid. mi obra cit. en nota 149.

autoritarismo llega también a su apogeo en Castilla. Hay signos externos, como el de que en 1682 se prescriba el que la gente se ha de quitar el sombrero cada vez que se nombra a Dios o al Rey, cuando se publica una pragmática <sup>(168)</sup>. Sin embargo, ningún otro signo es más repelente que el de la adulación erudita, aunque ésta no se produzca exclusivamente en España <sup>(169)</sup>. Ejemplo de ello, lo constituyen los elogios tributados a Felipe IV, con motivo de una fiesta de fieras, celebrada el 13 de octubre de 1631 en la Plaza Mayor, de Madrid, y organizada por el Conde Duque de Olivares. Soltados un toro, un león, un tigre y un oso, el primero desplaza a los demás <sup>(170)</sup>. Ante la dificultad de matar el toro, el rey lo hace de un arcabuzazo en la cabeza, haciendo uso de un arcabuz que, previamente, le preparan, y que él, prácticamente, no tiene que hacer nada más que disparar, desde luego, sin riesgo. La masa estalla en júbilo, como lo hace siempre en este género de espectáculos masivos, y si esto habla poco en favor de ese pueblo, menos lo hace de los poetas que cantan la hazaña real, entre los que se encuentra Lope de Vega y Quevedo, o del cronista que se regocija relatándolo y recopilándolo, como es José Pellicer de Tovar <sup>(171)</sup>. Algunos de los ingenios más importantes de la época, fueron fieles servidores del Rey, como Calderón de la Barca <sup>(172)</sup>, y los citados Lope de Vega <sup>(173)</sup>

---

<sup>(168)</sup> Vid. Antonio MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo*, Madrid, 1764, cap. L.

<sup>(169)</sup> J. A. MARAVALL, *La oposición política bajo los Austrias*, Ariel 2ª ed., Barcelona, 1974, destaca bien la de Bacon, Voltaire y Diderot.

<sup>(170)</sup> Aunque esto no interese en el momento presente, no se sabe si los animales se encontraban en las mismas condiciones de alimentación, y, sobre todo, de adaptación geográfica y climática, pues el toro sería «español», en tanto los otros animales no lo serían.

<sup>(171)</sup> Vid. Joseph PELLICER DE TOVAR, *Anfiteatro de Felipe el Grande*, Madrid, 1631 (ed. facsímil Cieza 1974).

<sup>(172)</sup> PELLICER, en la *Idea del Principado de Cataluña*, ya cit., hace referencia a varios libros favorables al Rey, como «el Aristarco o Censura de la Proclamación», y algún otro, y, entre ellos, se refiere a un papel estampado con nombre de un «Soldado de Tarragona», y cuyo autor es Calderón de la Barca. El dato me parece poco conocido, incluso entre los historiadores de la literatura.

<sup>(173)</sup> La op. de Pellicer, cit. en nota 170, lleva Censura del propio Lope de Vega, quien defiende la impresión, «para que vean tambien otras Naciones, que

y Quevedo <sup>(174)</sup>. La adulación no dejó de suscitar reacción en la época <sup>(175)</sup>.

#### 4.5. *La calificación de la Monarquía española como « Monarquía Católica », tras la ruptura de la Cristianidad europea.*

El luteranismo, seguido del calvinismo y otros movimientos religiosos similares, que, conjuntamente, constituyen lo que conocemos como « Reforma », rompe la unidad religiosa en Europa, unidad muy amenazada ya en la Edad Media. Políticamente, la Reforma significa la emancipación del Papado. Posiblemente, hay en ello supervivencias de un gibelinismo, que ahora, paradójicamente, no está representado por el Imperio, pero sí, por príncipes alemanes. Las posiciones reformadas son diversas, de tal forma que pueden suponer una sumisión de la Iglesia al poder temporal, como en el caso del luteranismo, o, al revés, como en el caso del calvinismo o del anglicanismo <sup>(176)</sup>. En todo caso, y como se ha dicho antes, implica una independización del Pontificado.

Rota la unidad religiosa, ha existido una solución de compromiso, que no ha triunfado, y que ha sido el erasmismo. Este no ha triunfado por su condición racional y escéptica. Ha pretendido fundir a tirios y troyanos en una « Universitas Christiana » <sup>(177)</sup>, pero no ha convencido ni a unos, ni a otros. La Reforma ha sido eminentemente pasional, y la anti-reforma o contra-reforma lo ha sido igualmente. El erasmismo sólo puede haber interesado a mentes, no afectadas por ese « pathos ». Una de esas mentes ha sido el joven Carlos, pero éste ha debido evolucionar en otro sentido, y, desde luego, su sucesor, Felipe II, no sólo

---

Amor tienen a su Rey sus Vasallos, y que bizarra Disposicion su Heroico Principe ».

<sup>(174)</sup> Vid. nota 137.

<sup>(175)</sup> Es el caso de Amor López de Vega, destacado por J. A. MARAVALL, *Estado y mentalidad ...*, tomo I, 249-321.

<sup>(176)</sup> Vid. BENEYTO, *Espíritu y Estado ...*, pags. 81-90.

<sup>(177)</sup> Vid. LYNCH, *op. cit.* y ABELLÁN, *op. cit.*, nota preliminar, que siguiendo a Ortega y Gasset, lo califica de último gran movimiento europeísta. Naturalmente, tratándose del erasmismo, siempre hay que recordar la obra de Marcel Bataillon.

no ha sido erasmista, sino que ha sido antierasmista <sup>(178)</sup>. En España ha habido mentes preclaras erasmistas, como es el caso de Juan Luis Vives y Fadrique Furió Ceriol <sup>(179)</sup>, o el muy conocido de Alfonso Valdés, el secretario de cartas latinas del Emperador. En todo caso, tienen que haber sido personas, en las que ha predominado la razón, y en las que el sentimiento religioso, por tanto, ha sido poco apasionado <sup>(180)</sup>. Por esta falta de pasión, muchos han sufrido después persecución, pues la tibieza religiosa ha sido considerada como síntoma herético.

Al fracasar el cristianismo europeísta de Erasmo, las posiciones se han radicalizado, entre reformados y no reformados, pero, a su vez, éstos también se han escindido, y esta escisión se ha simbolizado, quizá, casualmente, en dos títulos concedidos por el Pontificado a los reyes de Francia y de España, que han sido los de « Rey Cristianísimo » y « Rey Católico ». El primer título tiene un resabio erasmista, vuelvo a repetir que por casualidad, pero que parece un símbolo. Un cierto equilibrio entre reformados y no reformados, y aunque el poder sea no reformado, produce unas guerras de religión, y, como consecuencia de éstas, un cierto compromiso. Ese compromiso no existe en España. Aquí, también casualmente, los Reyes han recibido el título de « Católicos » <sup>(181)</sup>, però, efectivamente, lo han sido, no en el sentido de « universa-

---

<sup>(178)</sup> Vid. ABELLÁN, *op. cit.*, pags. 17-48, para el que, mientras Carlos V impulsa el erasmismo, Felipe II se identifica con el antierasmismo de Melchor Cano y con las doctrinas del Concilio de Trento.

<sup>(179)</sup> Vid. BENEYTO, *Espíritu y Estado ...*, pags. 109-120, aunque en Fadrique Furió Ceriol registra resonancias de Maquiavelo. Vid. la interesante exposición del « universalismo a través de la pluralidad », que hace J. A. MARAVALL, *Carlos V y el pensamiento ...*, pags. 269-315. LYNCH, *op. cit.*, considera que el erasmismo penetra en España, porque condena el libre albedrío.

<sup>(180)</sup> Juan BENEYTO, *op. cit.*, pags. 101-108, destaca que a Ignacio de Loyola, le enfriaba su devoción el leer el « Enchiridion militis christiani ». ABELLÁN, *op. cit.*, pags. 87-127, ha comparado los fenómenos del erasmismo y el krausismo en España, y recuerda que a Alfonso Valdés, se le calificaba de « erasmicior Erasmo ». Beneyto recuerda que Vitoria recibió influencia erasmista en París, pero se enfrió pronto su erasmismo.

<sup>(181)</sup> BENEYTO, *España y el problema ...*, pags. 163-169, destaca que el título de RR.CC. fue concesión oportunista de los Pontífices, aunque popularmente arrancaba de atrás.

les », sino de afección incondicionada al Papa de Roma y de ausencia de compromiso con los no reformados, que han sido perseguidos y aplastados meticulosamente por la obra conscienciosamente exterminadora de la Inquisición. Mientras el Rey Cristianísimo ha coqueteado con el poder turco, la Monarquía española se ha constituido en el enemigo acérrimo de aquél, como antes lo había sido del poder árabe <sup>(182)</sup>.

La condición de « Rey Católico » se ha confirmado y enraizado aún más en el siglo XVII, en el que España ha sido campeona de la Contrarreforma. Solórzano Pereira habla de los que « somos vasallos de Reyes tan Católicos » <sup>(183)</sup>. Rivadeneyra le destaca a Felipe III el nombre de « Reyes Católicos » <sup>(184)</sup>. Pellicer Tovar, el cronista de Felipe IV ya citado, anuncia unos comentarios reales a los títulos del « Rey Católico de España » <sup>(185)</sup>, y le califica de « verdadero Católico de Estado » <sup>(186)</sup>. En la Guerra de Secesión de Cataluña, también el título que se otorga a Felipe IV es el de « Catholico Hispaniae Rex » <sup>(187)</sup>. Incluso, algún jurista catalán, abogado fiscal del Rey, es considerado por la censura como « Hispanum » y « Catholicum » <sup>(188)</sup>, y él, a su vez, califica de « catholici » a los godos supervivientes <sup>(189)</sup>. Así, pues, el Rey

<sup>(182)</sup> KOENIGSBERGER, *op. cit.*, pags. 43-46, destaca la asunción de la defensa frente a los turcos, y la unidad católica, frente a las herejías protestantes, como las funciones de la Monarquía de los Austrias. BENEYTO, *op. cit.*, pags. 285-315, destaca la lucha contra el turco entre las ideas de Sepúlveda, como anteriormente lo hace en Francisco de Melo en cuanto a la defensa de la fe.

<sup>(183)</sup> SOLÓRZANO, *op. cit.*, pag. 87. Agrega el calificativo de « circumspectos ».

<sup>(184)</sup> Lo registra BENEYTO, *op. cit.*, pags. 285-315, en relación al « Tratado del Príncipe Cristiano ».

<sup>(185)</sup> Lo hace en « Anfiteatro de Felipe ... ».

<sup>(186)</sup> Vid. Joseph PELLICER DE TOVAR, *El verdadero Católico de Estado y lágrimas de Ewropa*, Barcelona, 1639 (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms). Es respuesta al libro escrito por Jeremias Ferrer en Francia, y que se considera herético.

<sup>(187)</sup> La *op. cit.* de Fr. Marco TIXELLO, dirigida a Richelieu, dice: « Predicaverint antiqui Barcinonis Comites Catalanum amorem, fidelitatem Catalanam Aragonum Reges, nulli tamen suo Principi enixius inservivit Ciuitas, profundius Catalonia, quam Philippo Quarto Catholico Hispaniae Regis ».

<sup>(188)</sup> Es el caso de CALDERÓ, *ya cit.*

<sup>(189)</sup> *Op. cit.*, en el « argumentum » de la dec. LXXXIV, habla de los supervivientes de los godos como « catholici », y de que en Castilla eligieron a D. Pe-

ha sido « el Rey Católico », la Monarquía, la « Monarquía Católica », e, incluso, los españoles casi han sido los « católicos » <sup>(190)</sup>. Actuando como « católico », Francisco de Quevedo se dirige a Luis XIII, de Francia, para reprocharle los sacrilegios que cometen sus huestes de hugonotes <sup>(191)</sup>. Esto no significa que en España desaparezca el término « cristiano », tanto en el siglo XVI <sup>(192)</sup>, como en el XVII <sup>(193)</sup>, sino que hay un predominio claro del término « católico », y que éste se el que especifica la Monarquía e, incluso, a los súbditos en el aspecto oficial o semioficial.

##### 5. LA FRUSTRACIÓN JURÍDICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA, POR CARENCIA DE UNIDAD NACIONAL.

La elaboración política de una Monarquía española, con caracteres de universal y católica, se ha frustrado jurídicamente, al no conseguirse la base metropolitana nacional, que se ha indicado como uno de los elementos fundamentales. La doble Guerra de Secesión, la de Portugal y la de Cataluña, producidas simultáneamente, son la expresión clara de la carencia de unidad nacional.

---

layo; en Aragón a García Jiménez o a Iñigo Arista, y en el Principado a Carlomagno, como « Príncipes ».

<sup>(190)</sup> R. LABROUSSE, *La doble herencia política de España*, Ed. Bosch, Barcelona, 1942, destaca también mucho este aspecto. Registra, p.e., el testamento de Carlos II, en el que la primera obligación del Príncipe es defender y vigorizar la Fe católica en sus Estados (vid. pag. 159).

<sup>(191)</sup> Francisco de QUEVEDO, *Carta al Sereniss... Luys XIII, Rey Christianísimo de Francia*, 1635 (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms), que se edita primero en Madrid, y luego, en Barcelona, lo que reprocha son los sacrilegios en la villa de Tilimón, Flandes, realizados por el hugonote Xatillon, con un ejército descomulgado de franceses.

<sup>(192)</sup> R. MENÉNDEZ PIDAL, *Formación del fundamental pensamiento político de Carlos V, Charles quint et son temps*, París, 1959, 1-8, recogía el testimonio del Obispo Mota, en La Coruña, 1520, cuando aceptaba el Imperio « para desviar grandes males de nuestra religion cristiana ».

<sup>(193)</sup> Es el caso de Juan Eusebio NIERENBERG, *Christiana Sabiduria de España y de Austria*, 1637, calificado de *Discurso christiano politico*. (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 2807).

5.1. *La realidad institucional de una Monarquía coordinadora de reinos y señoríos o estados, como forma pluralista coordinada de poder, con tendencia expansiva religiosa.*

La realidad jurídica no es contraria a la realidad política, pero es distinta. No existe un «rey español», ni siquiera un «monarca español». Lo que existe es un rey, que posee la titularidad de diversos reinos y señoríos o estados, pero por diversos títulos, y con diferentes facultades (194). Unos son heredados, y otros, adquiridos. De los heredados, unos lo son en cuanto rey de Castilla; otros, en cuanto rey de Aragón e, incluso, otros en cuanto partícipe de la dignidad imperial. Los adquiridos suelen serlo en cuanto rey de Castilla, y a través de concesión pontificia, expresa o tácita, aunque este título no resulta ya muy convincente, y se procede a legitimar la ocupación o conquista mediante sutiles títulos nuevos, que ofrece la Segunda Escolástica o Escolástica castellana (195). Incluso, en los Países Bajos, son diversos los títulos del rey, según los territorios (196). Correspondiendo a esta diversidad de títulos, son también diversas las abdicaciones que realiza Carlos V a mediados del siglo XVI (197).

El ejercicio de la realeza es distinto también. Algunas veces puede obedecer exclusivamente a factores geográficos, como en el caso de Indias respecto a Castilla, pero, generalmente, obedece a razones mucho más profundas, es decir, políticas. En el caso de Portugal, que es heredado en esta época, se recibe ya con determinadas condiciones (198), cuyo incumplimiento será un motivo

(194) Vid. A. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit., paragr. 1216 y ss.

(195) Sobre esto, vid. mis trabajos cit. en nota 119.

(196) Vid. el prefacio de J. M. Batista i Roca, a la *op. cit.* de KOENIGSBERGER.

(197) Id. id. Carlos V cede el Reino de Nápoles y el Ducado de Milán a Felipe, en 1554, al casarse éste con María de Inglaterra; y los Países Bajos, lo hace en Bruselas, el 25 de octubre de 1555, al retirarse al monasterio de Yuste. No abdica de sus reinos de España hasta el 16 de enero de 1556, en que realiza tres abdicaciones: Castilla, León, Granada, Navarra, Indias y Gran Maestrazgo; Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca y Cerdeña; y Sicilia. Retiene el Franco Condado hasta abril de 1556.

(198) Vid. LYNCH, *op. cit.*, Las cortes de Thomar, en abril de 1581, señalan condiciones, como la de no sacar las Cortes del Reino; no legislar por asamblea extranjera; nombrar virrey portugués o de la familia real; realizar nombramien-

que justifique la rebelión y separación. Esa diferencia de ejercicio de la realeza se extiende, incluso, a las regalías <sup>(199)</sup>.

Esta realidad sólo podemos denominarla y calificarla con terminología y categoría no extraída de la ciencia política. Es una forma pluralista de poder, en cuanto existen diversos centros de poder, y ello aunque el rey se establezca en uno, como es Madrid, pues establece virreyes o representantes personales en Navarra, Corona de Aragón, Italia, Flandes e Indias, y en todos ellos actúa de forma distinta, y con instituciones distintas. Es una forma coordinada, en cuanto diversos centros de poder son autónomos entre sí, y se consideran al mismo nivel, como sucede claramente entre las Coronas de Castilla y de Aragón, o entre éstas y los territorios flamencos e italianos, así como, menos claramente, entre Castilla y Navarra. Esta forma pluralista y coordinada de poder, es de tendencia expansiva en base a fundamentos religiosos, que justifican la incorporación de Navarra, y de los territorios de Africa, América y Asia. Naturalmente, la tendencia expansiva se va agotando, de forma que si es clara política y jurídicamente en el siglo XVI, ya sólo lo es jurídicamente en el siglo XVII <sup>(200)</sup>.

## 5.2. *La divergencia de fórmulas de gobierno y de sistemas jurídicos en las Coronas de Castilla, Aragón y Navarra.*

Dejo aparte lo relativo a los territorios italianos, flamencos e indianos, pese a su enorme importancia, dado que aquí se trata de la carencia de unidad nacional metropolitana, es decir, específicamente « española ». En España, las fórmulas de gobierno y los sistemas jurídicos de las Coronas de Castilla y de Aragón, y del Reino de Navarra, son divergentes, teniendo en cuenta que todas esas fórmulas y sistemas proceden ya de la edad media, y lo que

---

tos en los portugueses; tener fuerzas portuguesas y consejeros portugueses; desarrollar un comercio colonial portugués, y suprimir las aduanas, con ausencia de impuestos castellanos.

<sup>(199)</sup> En esto difiere de A. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, paragr. 1224, según el cuál, las regalías deben ser igual en todas partes, y aún más de F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, que no ha prestado la debida atención a un problema, que es capital. Vid. *La institución virreinal ...*, ya cit. Sobre ello, se insiste más adelante.

<sup>(200)</sup> Sobre todo esto vid. mi *Iniciación histórica ...*, ya cit.

hacen en la edad moderna es radicalizarse, al menos, por lo que se refiere a Castilla y Cataluña.

En Castilla, la fórmula de gobierno es autoritaria, y el sistema jurídico o normativo es el de un decisionismo moderado. En Navarra y Corona de Aragón, la fórmula de gobierno es liberal estamental o paccionada, y los sistemas jurídicos se encuadran dentro de un normativismo. En cierta manera, Castilla aparece como contrapuesta a Navarra y a la Corona de Aragón, pero no de la misma manera, puesto que el pactismo es político en Aragón y Navarra, mientras es jurídico en Cataluña, Valencia y, probablemente, Mallorca, en tanto el normativismo es de base popular en Aragón y Navarra, como es de base erudita en Cataluña, Valencia y Mallorca. No existe, pues, tampoco, una unidad en la Corona de Aragón, donde Aragón se muestra diferente de los otros territorios, pero tampoco entre éstos, aunque su afinidad sea mayor, pues también manifiestan una voluntad política diferente <sup>(201)</sup>.

### 5.3. *La actitud política antiespañola de los reinos y principados.*

Las diferencias anteriormente indicadas, podrían haber sido superadas a través de una actitud política convergente, pero eso no ha sucedido. Castilla ha luchado por una unidad nacional española, pero a su imagen y semejanza. Navarra ha persistido en su trayectoria de reino pequeño, que aspira a no ser absorbido totalmente. La Corona de Aragón ha observado una actitud defensiva, opuesta a cualquier colaboracionismo con Castilla <sup>(202)</sup>. Portugal, incorporada muy reticentemente a la Corona española, no ha tardado en reaccionar con completa hostilidad.

---

<sup>(201)</sup> Toda esta conceptualización, la inicié en 1966, *La creación del Derecho entre los españoles*, en *AHDE*, XXXVI, 301-377, seguido de *El sistema normativo navarro*, en *AHDE*, XL, 1970, 85-108; *El sistema normativo valenciano*, en *AHDE*, XLII, 1972, 307-330; *El pactismo en Aragón y Valencia*, *El pactismo en la Historia de España*, Madrid, 1980, 111-139, y bastantes trabajos más, en gran medida sintetizados en mi *Iniciación histórica al Derecho español*.

<sup>(202)</sup> La actitud defensiva de la Corona de Aragón fue comprendida por Jaime Vicens Vives, y por diferentes autores, como Koenigsberger, y Elliot, yo mismo he insistido bastante.

La posición de Castilla también ha sido antiespañola, o, al menos, no tan española como se cree. La historiografía ha señalado la oposición castellana a Fernando el Católico en Flandes y el antiragonismo de Cisneros <sup>(203)</sup>, como también la oposición de Felipe II al imperio aragonés en Italia <sup>(204)</sup>. Es decir, Castilla ha luchado más por metamorfosearse en España, que por una España distinta de cualquiera de sus componentes. Esto es algo que no se suele tener en cuenta, aunque no deba tampoco exagerarse. Castilla, en compensación, ha abierto Indias a navarros, aragoneses, y, en general, a todos los españoles, y ha desarrollado otras actividades también generalizadoras. Sin embargo, es un hecho que ha sustituido a la Corona de Aragón en Italia, especialmente, en Nápoles, y también en Sicilia <sup>(205)</sup>.

La posición antiespañola de Navarra y de la Corona de Aragón se ha manifestado a través de una falta de participación suficiente en las cargas financieras <sup>(206)</sup>, y en la contribución militar, que en Cataluña, por ejemplo, ha tenido que solicitarse a través del usatge « Princeps namque » <sup>(207)</sup>.

La historiografía es proclive a pronunciarse sobre el « progresismo » o « reaccionarismo » de todas estas actitudes. Esto es difícil,

<sup>(203)</sup> José M<sup>a</sup>. JOVER ZAMORA, *op. cit.*, 23-72.

<sup>(204)</sup> Lo ha hecho KOENIGSBERGER, *op. cit.*, pags. 59-72.

<sup>(205)</sup> KOENIGSBERGER, *op. cit.*, pags. 47-58, recuerda que según Cristobal de Villalón, los españoles pensaban que Italia era una extensión de su propio territorio, frente a la opinión de los italianos.

<sup>(206)</sup> A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Política y Hacienda de Felipe IV*, Madrid, 1960, pags. 157-192, y en base a la consulta de 1619, parece concluir que Mallorca y Cerdeña gastaban todo en su propia defensa; Vascongadas no pagaba diversos impuestos, como alcabala y millones; Navarra aportaba pequeñas cantidades; también era ínfima la aportación de la Corona de Aragón, y los territorios italianos se encontraban en situación intermedia. LYNCH, *op. cit.* dice que los Países Bajos se niegan en 1556 y 1558 a la contribución sobre los ingresos, y que el mayor crédito que recibe Felipe II es la Ayuda de los Nueve Años, de 1558, la cual, sin embargo, es cobrada por los funcionarios de los Estados, y hay que acudir a ellos, lo que motiva agravios políticos de los Estados en 1559.

<sup>(207)</sup> Esto es muy importante, tanto como lo relativo a la contribución fiscal. Me ocupé de ello, en *La institución virreinal ...*, pag. 323 y ss., y creo que no ha sido debidamente recogido por los historiadores, como tampoco lo relativo a las otras regalías. No debe olvidarse tampoco la actitud del País Vasco, frente a su contribución militar.

porque las consideraciones sobre la época observada, cambian conforme cambia la época observadora. Si progreso significa cambio, la actitud progresista ha sido la castellana, con excepción del movimiento comunero, que ha representado el inmovilismo medieval <sup>(208)</sup>. Este inmovilismo es el que también ha representado la Corona de Aragón <sup>(209)</sup>. Sin embargo, el predominio actual de las ideas democráticas sobre las autoritarias, hace que varíe la valoración, al considerar más participativas las fórmulas de la Corona de Aragón. Debe recordarse que también en la misma época, especialmente, en el siglo XVI, y entre los monarcómacos, el reino de Aragón, específicamente, era considerado como paradigma de las libertades <sup>(210)</sup>.

#### 5.4. *Las guerras cuasi civiles de Secesión, y el aplazamiento de la solución militar del conflicto.*

El enfrentamiento cuasi civil entre las Coronas de Castilla y de Aragón, se ha ido gestando desde fines del siglo XVI. El primer episodio lo constituye la intervención de Felipe II en Aragón, que concluye con victoria del primero <sup>(211)</sup>. Es significativo que en Valencia, un autor que, por otra parte es muy realista, como es el caso de Lorenzo Matheu Sanz, al enunciar la teoría de la exención del Imperio, considere todavía la existencia de diversos « Reyes de España », y que la teoría la reconduzca al « Rey de Valencia » <sup>(212)</sup>. Cataluña, que, al igual, que Mallorca, posiblemente

---

<sup>(208)</sup> Así lo ve Benjamín GONZÁLES ALONSO, *Las Comunidades de Castilla y la formación del Estado absoluto*, en *Revista de Historia del Derecho*. II-1. Universidad de Granada, 1977-78, 263-313, frente a José A. MARAVALL, *Las Comunidades de Castilla*, Alianza Universidad, 2ª ed. 1979, José Luis BERMEJO CABRERO, *La gobernación del reino en las Comunidades de Castilla*, en *Hispania*, XXXIII, num. 124, Madrid, 1975, 249-264, cree es una contradicción que los comuneros no aceptaran la autoridad de los gobernadores de Carlos I, en base a Partidas, y a la vez, no negaran la soberanía y autoridad del Rey.

<sup>(209)</sup> Vid. nota 201.

<sup>(210)</sup> Vid. mi obra *Los Fueros de Aragón*, Librería General, 1ª ed. Zaragoza, 1976, pag. 112 y ss., p.e.

<sup>(211)</sup> Vid. *op. cit.*, cap. IV.

<sup>(212)</sup> Lorenzo MATHEU SANZ, *De regimine regni Valentiae*, Lyon, 1704, caps.

no han reaccionado mal frente a un imperio, como el de Carlos V, que permitía amplias autonomías <sup>(213)</sup>, se ha cerrado cada vez más frente a Castilla <sup>(214)</sup>. Se ha desatado la guerra de las lenguas <sup>(215)</sup>, la del ceremonial <sup>(216)</sup>, la de la competencia autónoma <sup>(217)</sup>, y, desde luego, la guerra de las armas.

La contienda ideológica del siglo XVII es muy clara sobre la ausencia de unidad nacional, y aunque estudiada <sup>(218)</sup>, todavía puede serlo mucho más, ya que el material es muy abundante. Un hombre como Francisco de Gilabert, que es « gentil hombre de la boca » de Felipe III, en cuanto catalán, defiende que los Reyes, conforme « a la ley natural, o el *ius gentium* » son elegidos con ciertos « pactos y condiciones », y cita al aragonés Sessé, para quien el Rey de Aragón facultó a sus vasallos para elegir otro Rey, si no les guardaba los fueros y leyes <sup>(219)</sup>. En Fray Francisco Fornés, un franciscano barcelonés, que actúa como cronista del Rey de Francia, se encuentra, radicalizada, la postura catalana,

I y II, num. 5, 7 y 8. Habla de los « Reges Hispaniae », y del « Rex Valentiae ». Sobre la personalidad de este jurista, ha trabajado F. Tomás y Valiente.

<sup>(213)</sup> Recordar a Tristany en nota 138. Es significativa la actitud favorable hacia Felipe II, que muestra la historiografía vasca, e, incluso, la del propio Sabino Arana.

<sup>(214)</sup> Según MARAVALL, *op. cit.*, 249-321, para Vicens Vives el pactismo catalán no era asimilable por una Monarquía con tendencia absolutista. Esta tendencia es la que representa, fundamentalmente, el Conde Duque de Olivares, sobre cuya postura no se dice nada en el texto, por ser ampliamente conocida. El Conde Duque tenía la clara visión de que para que la Monarquía fuera Universal, y se siguiera manteniendo como tal, era precisa la unidad nacional metropolitana. Se equivocaba en creer que eso era posible conseguirlo a través de las armas.

<sup>(215)</sup> Recuérdese lo dicho sobre la predicación en castellano o catalán, y, en general, puede verse mi *op. cit.* varias veces, y, entre ellas, en la nota 206.

<sup>(216)</sup> Es significativo, DIMAS PORTA, *Discursos políticos sobre la justa pretensión que los concellers de la insigne Ciudad de Barcelona tienen de cubrirse delante de su Majestad*, 1632. (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 6536).

<sup>(217)</sup> También es muy significativo Felipe VINYES, *Discurso en el qual se justifica que los Brazos juntados en cortes solos, no pueden proveer oficios del General*, Barcelona, 1632 (B.C.C. F.B., 6538). Vinyes se distinguió por su afeción al Rey.

<sup>(218)</sup> Vid. nota 214. Hay que añadir el cambio de actitud del País Vasco en el siglo XVII, en relación al siglo XVI.

<sup>(219)</sup> Francisco GILABERT, *op. cit.* en nota 51.

que se expone a continuación. Los caballeros godos amparados en Barcelona, y algunos otros, en el castillo de Tarrasa, junto a Egara, aclaman a Carlomagno como « Protector », y son ellos, y no los moros, los que entregan la ciudad al Rey franco y a Ludovico Pío, que son los « Reyes Christianissimos ». En cuanto D. Rodrigo perdió la posesión de su reino, y sus sucesores no han podido recobrarla, cualquier cristiano puede guerrear a los moros, y el « Reyno y señorío de España » no se continúa por sucesión, sino por elección, con arreglo a lo dispuesto en el Fuero Juzgo y en el Concilio IV de Toledo. En consecuencia, « los Catalanes son libres » y pueden elegir, que es lo que hacen por tercera vez, cuando eligen a Luis XIII de Francia, « el Justo ». Los Usatges no eliminaron la elección goda, sino que la suplieron y mejoraron <sup>(220)</sup>.

Frente a esta posición catalana, los castellanos, sostienen que los catalanes fueron « vasallos conquistados, i no pactados » <sup>(221)</sup>. Los catalanes, a su vez, dicen buscar asilo en el Rey francés, ante la actuación tiránica del español <sup>(222)</sup>. No son juegos de palabras. Son posturas enfrentadas, en las que es difícil hallar « un » culpable. El hecho es que la unidad nacional no existe en ese momento, y la solución militar tampoco se ha producido, puesto que la Guerra de Secesión catalana, a diferencia de la portuguesa, ha terminado « en tablas ». La solución militar ha quedado aplazada por menos de medio siglo, y será la ausencia de sucesión en los Austrias, la que la hará posible, aunque como toda solución militar no sea, a su vez, sino un aplazamiento de la verdadera solución.

---

<sup>(220)</sup> Fr. FRANCISCO FORNÉS, *La Catalana verdad contra la Emulacion*, Impreso en París y en Barcelona, 1643. (Biblioteca Central de Cataluña, Folletos Bonsoms, 5953).

<sup>(221)</sup> Lo hace PELLICER, en su *Idea del Principado de Cataluña*, ya citada.

<sup>(222)</sup> TIXELLO, ya cit., dice que en el Cristianismo, encuentran « asylum », tras las « tyranidis acerbitates » de los castellanos.

PAOLO PASQUALUCCI

THOMAS HOBBS E SANTI ROMANO  
OVVERO LA TEORIA HOBBSIANA  
DEI CORPI SUBORDINATI

« ... the best of Politics is that Invention whereby men have bin fram'd into Corporations, Guilds or Fraternities ».

(W. SHEPHEARD, 1659)

1. L'attualità del pensiero di Santi Romano, nel cui concetto di ordinamento giuridico trovano conforto coloro che, in numero sempre più ampio, avvertono da tempo l'insufficienza del concetto normativistico, kelseniano, dello stesso, ha provocato in questi ultimi anni i primi tentativi di una ricostruzione approfondita delle sue fonti. Questi tentativi si sono prevalentemente indirizzati — come era logico — a cogliere i nessi con gli autori considerati (del resto per ammissione dello stesso Romano) tra i diretti ispiratori del suo istituzionalismo: Gierke e Hauriou, ponendosi in special modo il problema della effettiva originalità di Romano rispetto al primo <sup>(1)</sup>.

---

(1) Sul punto: A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1976, pp. 59-62; M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtslehre Santi Romanos*, Berlin, 1979, p. 117 ss.; D., *La 'Genossenschaftstheorie' di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica* » (= *Materiali*), IX (1979), 1, pp. 65-80; e la replica di A. TARANTINO, *Dell'istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano*, in *Materiali*, XI (1981), 1, pp. 169-190; inoltre M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in « *Quaderni*

Come spesso avviene in questi casi, l'esigenza di ricostruire le origini dirette ed indirette di un sistema di pensiero, conduce, nell'intreccio polemico delle rispettive tesi, ad allargarne l'orizzonte, confrontando quel sistema con un numero sempre più ampio di prospettive ad esso antecedenti. Lo studioso si sente allora in dovere di richiamare l'attenzione sulle origini cui si sia espressamente riferito l'autore in questione, le quali, nonostante il peso dei nomi rievocati siano sfuggite al setaccio della critica. Nel par. 11 de *L'ordinamento giuridico*, Santi Romano, a proposito dell'istituzionalismo di Hauriou, scrive infatti: « Questo [appena esposto] è il nucleo fondamentale della dottrina dell'Hauriou, di cui non possiamo accennare gli ulteriori sviluppi, se non in quanto sarà necessario per giustificare alcune brevi osservazioni critiche, sulle quali per ora non ci interessa di fermarci. Il merito principale del giurista francese è, secondo noi, quello di aver posto avanti l'idea di sussumere nel mondo giuridico il concetto di istituzione ampiamente inteso, di cui finora non si avevano che tracce, anch'esse del resto lievi, nella terminologia, più che nella speculazione, politica e sociologica » (2). Prima delle teorie di Hauriou, la speculazione « politica e sociologica » non aveva quindi fatto apparire che pallide « tracce » del concetto di istituzione, incapace anzi di assurgere a dignità di vero concetto, di esprimere un significato profondo al di là di riferimenti terminologici inseriti nella visione tecnicistica, limitata alle istituzioni del diritto positivo, pubblico e privato. Ma questa critica, aggiunge Romano nella nota a piè di pagina, « vale per la dottrina moderna, alla quale ci siamo limitati [nel cit. par. 11], non per la dottrina più antica che, in ordine a questo punto, come a tanti altri, ha degli sviluppi che a torto oggi si trascurano. Si può, p.e., ricordare l'analisi dei « systemata » dell'HOBBS, *Leviathan*, cap. 22, e degli « entia moralia » del PUFENDORF, *De jure naturae ac gentium*, I, cap. I: questi enti, a

---

fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno » (= Q.F.), 10 (1981), pp. 169-219, sp. pp. 184, 187-189. Sui riconoscimenti di Romano a Gierke e a Hauriou, cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (= O.G.), 1918, rist. 2ª ed., 1951, Firenze, 1962, rispettivamente pp. 130 n., 131-133; pp. 30-34.

(2) S. ROMANO, O.G., cit., p. 32.

differenza di quelli fisici che hanno origine per *creatio*, sorgerebbero per *impositio* (parola che il traduttore francese, Barbeyrac, rende con *institution*). Tuttavia è da osservare che degli *entia moralia* del Pufendorf possono riaccostarsi alle istituzioni nel senso nostro solo quelli « ad analogiam substantiarum concepta »<sup>(3)</sup>.

Il passo ora visto, contenente sobri ma pregnanti riferimenti, pone una serie di problemi. Innanzitutto, mostra come Romano aspirasse ad inserire la sua teoria in una prospettiva più vasta, non meramente giuridica ma *filosofica*, sino a trovarne un lontano precursore nientemeno che in Hobbes. Ma questa prospettiva, se da un lato rivaluta le aspirazioni ai fondamenti filosofici nelle teorie generali dei grandi giuristi, dall'altro sembra essere in contraddizione con la constatazione — attualmente dominante — che il concetto dell'istituzione è ricavato dal Nostro osservando la realtà sociale e giuridica del suo tempo, e non per deduzione o analogia da metafisiche del passato. Se il cap. XXII del *Leviathan* e il cap. I del I libro de *De jure naturae et gentium* di Pufendorf contengono un'intuizione del concetto dell'istituzione, i cui contorni teorici apparirebbero quindi già nei *systemata* hobbesiani e negli *entia moralia* pufendorfiani, cioè in creazioni della metafisica seicentesca, qual è allora il rapporto tra la realtà corrente e l'*istituzione* che, come concetto giuridico, si giustifica in genere sulla base della prima e non delle figurazioni barocche di un Hobbes o di un Pufendorf? La domanda è comunque destinata a rimanere senza risposta, se è vero che ogni sistema

---

(3) *Op. cit.*, ivi, n. 29. A proposito dei richiami di Santi Romano alla « dottrina più antica » può essere interessante ricordare il suo elagio di Aristotele (*op. cit.*, p. 52 n. 38 bis) per l'intuizione di un concetto non normativo né comunque ormale di costituzione, distinta dalle leggi (*Politica*, IV, 1289a). L'*impositio* che Pufendorf dà origine agli enti morali e che Barbeyrac traduce con *institution*, ricorda poi un analogo uso del termine (*institution*) in Hobbes: essa non è un ente ma un atto, mediante il quale una persona artificiale viene costituita o si costituisce, in primo luogo quella stessa della *civitas*, quando nasce dal patto sociale, non invece dalla conquista: commonwealth by institution di contro a commonwealth by acquisition (*Leviathan* (= *Lev.*), ed. Oakeshott, Oxford, s.d., p. 113 nonché pp. 115, 128, 129-130). Sul termine *institution* usato da Barbeyrac, cfr. ORESTANO, 'Institution'. Barbeyrac e l'anagrafe di un significato, in Q.F., -12 (1982-83), I: *Itinerari moderni della persona giuridica*, pp. 169-178, ove si ricorda anche il rilievo di Romano su Barbeyrac.

di pensiero è *contemporaneamente* artefice di una nuova immagine della realtà ad esso presente ed erede di precedenti concezioni del mondo, da quella realtà ormai definitivamente scisse, senza che si possa però distinguere nettamente fino a che punto la nuova immagine sia dovuta alla *eredità giacente*.

Accanto a questa considerazione di carattere generale, va inoltre detto che l'affermazione delle presunte ascendenze seicentesche della teoria dell'istituzione può a prima vista sbalordire, se si pensa a come e di quanto Santi Romano svaluti la funzione della volontà, pubblica e privata, nella determinazione del fenomeno giuridico, funzione invece essenziale per dei contrattualisti come Hobbes e Pufendorf <sup>(4)</sup>. Lo studioso si avventura quindi a verificare la legittimità dell'ascendenza vantata dallo stesso Romano, per accertare se la sua concezione possa essere effettivamente ricollegata a concetti e figure tradizionali della metafisica occidentale moderna o debba invece essere considerata come *del tutto* a se stante, isolata nella propria intuizione della natura esclusivamente *fattuale* e impersonale del fenomeno giuridico.

Data la complessità del tema, che mi sembra nascondere risvolti teoretici di non secondaria importanza, in questo saggio considererò solo il rapporto tra Hobbes e Santi Romano, ovvero mi addentrerò in un'analisi del capitolo XXII del *Leviathan*, la cui densa articolazione giustifica di per sé un'indagine autonoma. I *systemata* in esso descritti ricomprendono infatti le organizzazioni sociali inferiori allo Stato, dalle persone giuridiche alla famiglia, dalle organizzazioni lecite a quelle illecite, sino ai gruppi di potere e ai meri concorsi di folla, in una visione unitaria e logicamente conseguente, che si sviluppa dalle entità più complesse alle meno complesse, con un'analisi in cui le vicende storiche e le categorie del diritto inglese del tempo filtrano tra i concetti della teoria politica. In questo capitolo, Hobbes mostra di possedere una vera e propria teoria generale dei corpi intermedi, di cui non c'erano che pallide tracce nelle opere precedenti <sup>(5)</sup>. In

---

(4) Per la svalutazione della volontà o comunque per il suo ridimensionamento nel fenomeno giuridico, concepito come ordinamento di *ius involontarium*, cfr. p.e. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. inalt., Milano, 1983, voce: *Diritto e morale*, p. 64 ss., voce: *Norme (destinatari delle)*, p. 135 ss.

(5) Gierke ha per primo notato: « H o b b e s hat seine Theorie der engeren

esse si trovano infatti solo sintetici riferimenti alla *similitudine concettuale* tra lo Stato e la semplice persona giuridica o *corporation*. L'uno e l'altra appaiono infatti caratterizzati dall'esser l'unione volontaria di una moltitudine per uno scopo, in una *persona civilis* che la rappresenta unitariamente mediante il potere conferitole, ma la persona giuridica è subordinata a quella dello Stato, poiché solo quest'ultima gode dei poteri sovrani. Scrive infatti Hobbes nel *De Cive* che «*quanquam autem civitas omnis persona civilis sit; non tamen, e converso, omni persona civilis est civitas*». Infatti tale persona si costituisce solo «*permittente civitate sua*» e «*certarum rerum agendarum causa*», come accade per le «*sodalitates mercatorum et conventus alii quamplurimi*». Queste unioni non sono però Stati perché i membri si sono sottomessi al potere della persona solo per certe materie determinate dalla legge dello Stato: «*in certis rebus a civitate determinatis*», e possono convocare in giudizio la persona, cosa impossibile al cittadino nei confronti dello Stato <sup>(6)</sup>.

Anche nella prima opera politica di Hobbes, gli *Elements of Law Natural and Politic*, scritta, com'è noto, attorno al 1640 ma pubblicata nel 1650, otto anni dopo la prima edizione del *De Cive* (1642), in due sezioni *Human Nature* e *De Corpore politico*, Hobbes si era soffermato sul rapporto tra Stato e persona giuridica, sostenendo gli stessi concetti espressi poi nel *De Cive*, ma servendosi dell'immagine del *corpo* più che di quella della persona. Lo Stato, egli scrive, è considerato «*oggiogiorno body politic o civil society*», che i Greci chiamavano *πόλις*, ossia «una moltitudine di uomini uniti come una persona (united as one person) da un potere comune». Allo stesso modo della «*city or body politic*», una moltitudine può istituire «*a subordinate union of certain men*», per certe azioni da compiersi in comune a beneficio proprio o della città, come quando si tratti di esercitare

---

Verbände, die er in der Schrift *de cive* nur andeutet, erst im *Leviathan* ausgebaut, in dem er ihnen das ganze 22. Kap. widmet» (*Das Deutsche Genossenschaftsrecht* (= D.G.), IV, 1913, rist. anast., Graz, 1954, p. 355 n. 53).

(6) *De Cive*, cap. V, par. 10 in *Thomae Hobbes Malmesburiensis opera philosophica...*, ed. G. Molesworth (O.L.), London, 1839, rist. anast. Aalen, 1966, vol. 2, pp. 214-215 (Per la traduzione italiana cfr. *Elementi filosofici sul cittadino*, n T. HOBBS, *Opere politiche*, I, Torino, 1959<sup>2</sup>, a cura di N. Bobbio, pp. 150-151).

funzioni di « subordinate government », « counsel », « trade », etc. E questi « subordinate bodies politic are usually called *corporations* » e hanno verso i loro membri il potere che lo Stato ha loro concesso (7). L'antica definizione dello Stato come « corpo » era risorta a nuova vita nella trattatistica politica inglese dell'epoca di Hobbes (8). Va comunque ricordato che i termini di *corpus* e *persona* erano usati quali sinonimi sin dal tempo dei Commentatori, per indicare lo Stato e la corporazione come parti di un medesimo concetto: « respublica assimilatur universitati », « quum respublica sit quoddam corpus universitatis »; e la « universitas tanquam persona ficta et de per se considerata » è « corpus fictum et imaginatum »; del resto: « ipse populus est corpus quoddam imaginarium, quod non videtur » (9). Lo stesso Hobbes sembra intendere l'uno come sinonimo dell'altro, sia nel passo degli *Elements* sopra citato, sia quando scrive, riportando coscientemente l'uso comune, che « i systemata politici subordinati » sono quelli « otherwise called *bodies politic*, and *persons in law* » (10). L'uso corrente era comunque conforme ad una ormai consolidata tradizione terminologica, continentale prima ed inglese poi, nei cui confronti Hobbes si concede solo la novità della parola *systema* (11).

(7) Cfr. *The English Works of Thomas Hobbes...*, ed. W. Molesworth (= E. W.), London, 1840, rist. anast. Aalen, 1966, 4, pp. 122-123, ed inoltre p. 207; per la traduzione italiana cfr.: HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, tr. it. di A. Pacchi, Firenze, 1968, pp. 160-161, e 243-244.

(8) Sul punto: R. ORESTANO, « *Persona* » e « *persone giuridiche* » nell'età moderna, 1968, ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 193-272, p. 228; la n. 1 a p. 160 traduz. ital. cit. degli *Elements*; W. H. GREENLEAF, *Hobbes and Job*, in « *Anales de la cathedra 'Francisco Suarez'* » (1974), pp. 11-34, pp. 20-21; e per un'analisi generale: D. G. HALE, *The Body Politic. A political Metaphor in Renaissance English Literature*, The Hague-Paris, 1971, sp. pp. 61-68, 84-96, e per l'uso hobbesiano della metafora, pp. 127-130.

(9) Ho tratto tutte queste citazioni da: GIERKE, D.G., 3, 1881, rist. anast. cit., p. 358, 431, 428.

(10) *Lev.*, cap. XXII cit. Nella versione latina scrive invece più riduttivamente « *quae vocari etiam solent corpora politica* » (O.L., III, p. 170).

(11) Sulla diffusione e sull'accoglimento in Inghilterra della teoria canonistica della persona giuridica, sostenuti come è noto da Maitland e Holdsworth e negati da Pollock, ho consultato le seguenti fonti: W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* (= H.D.), London, 1903 ss., rist. anast. della 5ª ed., London, 1966, vol. III, pp. 469-490, sp. pp. 470-471; vol. IX, pp. 45-71; F. W. MAIT-

L'espressione « corpo politico », che secondo Gierke ha un'origine medievale <sup>(12)</sup>, costituisce poi per Hobbes l'occasione per chia-

---

LAND, *Moral Personality and Legal Personality*, lecture del 1903, ora in *Selected Essays*, Cambridge, 1936, pp. 223-239, sp. pp. 225-227; C. T. CARR, *Early Forms of Corporateness*, saggio del 1902, in *Select Essays in Anglo-American Law History* (= *Sel. Essays*), Boston, 1909, rist. anast., Frankfurt a.M., 1968, III, pp. 160-182 (in cui si sostiene l'esistenza di una corporazione di fatto, di una personalità reale nel periodo medievale, in un'entità come p.s. il borough, che godeva le franchigie della persona giuridica prima ancora di esserlo: cfr. sp. p. 175, 176, 179); W. J. BROWN, *The Personality of the Corporation and the State*, in *Law Quarterly Review* (= L.Q.R.), XXI (1905), pp. 365-379 (« la corporazione non è stata la creatura del diritto ma un'entità che ha costretto il diritto positivo a riconoscerla ufficialmente », p. 370); W. M. GELDART, *Legal Personality*, L.Q.R., XXVII (1911), pp. 90-108; F. POLLOCK, *Has the Common Law received the Fiction Theory of Corporations?*, L.Q.R., XXVII (1911), pp. 219-235 (nega una effettiva ricezione della teoria della finzione, soprattutto in base alla considerazione che nessuna corte inglese sembra averla applicata « officially or semi-officially »); H. KE CHIN WANG, *The Corporate Entity Concept (or Fiction Theory) in the Year Book Period*, L.Q.R., LVIII e LIX (1942 e 1943), pp. 498-511 e 72-86 (che in parte si oppone alla tesi dominante, secondo cui « gli elementi essenziali del concetto canonistico della persona giuridica si sarebbero chiaramente affermati in Inghilterra a partire del XV secolo »; invece a quest'epoca si distinguerebbe solo con fatica la persona dall'insieme dei membri); H. LUBASZ, *The Corporate Borough in the Common Law of the late Year-Book Period*, L.Q.R., 80 (1964), pp. 228-243 (per il quale esiste una « common law theory of corporations », di tipo realistico, per cui la persona non è distinta dalla « comunità politica » ma è questa stessa nella sua « corporate capacity »). Spunti molto utili ho poi trovato, nella letteratura più recente, in: H. BAKER, *The Inns of Court and Chancery as voluntary associations*, in Q.F., 11-12 (1982-1983), t. I, pp. 9-38, e in particolare in D. YALE, *Headless Bodies at Common Law*, ibidem, pp. 39-58. Da ultimo voglio richiamare il giudizio di Hallis, secondo il quale, solo dopo il 1938 le corti inglesi avevano cominciato ad applicare un concetto della personalità giuridica « essentially different from the Fiction Theory and its complementary Concession Theory which previously held sway »; F. HALLIS, *Corporate Personality. A Study in Jurisprudence*, rist. anast. ediz. 1930, con *Preface to Reprint* del 1977, Aalen, 1978, p. 1-11 della *Preface*; ma cfr. anche p. IX e XXXV-XXXVIII, XL ss., della *Introduction*.

<sup>(12)</sup> « Civitas vel regnum est quasi quoddam unum corpus animatum ... corpus naturale; corpus morale et politicum » (Passi di Engelbert di Völkersdorf riportati da Gierke nel par. 11 *Die publicistischen Lehren des Mittelalters*, del già citato vol. III del D.G., che ho però letto nella traduzione inglese, con il saggio introduttivo e le integrazioni alle note e al testo, di Maitland: O. GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, tr. ingl. e intr. di F. W. MAITLAND, Cambridge, 1900, 6 rist., 1958, pp. 24 e 131 n. 75).

rire, negli *Elements*, il vero significato della sovranità, che non può essere suddivisa, come sostengono i fautori del governo misto. Polemizzando con costoro, Hobbes scrive che essi non possiedono una chiara nozione del concetto di *body politic*, ossia del fatto che esso esprime « non la concordia, ma l'unione di molti uomini ». L'immagine del corpo politico esprime quindi con forza il principio dell'*unità* dello Stato, che per Hobbes è una caratteristica fondamentale dello stesso. Ma di questo non si sono accorti né « i teorici della politica », né nessun altro: non hanno visto che l'unità, considerata formalmente la caratteristica primaria della persona giuridica, deve esserlo anche dello Stato, come se questo ultimo non avesse diritto a un modo di essere che è pur essenziale per i corpi minori e subordinati. « E benché negli statuti delle corporazioni subordinate, una corporazione sia dichiarata essere una persona secondo il diritto (one person in law), tuttavia ciò non è stato rilevato per il corpo (body) di uno Stato o città » (13).

---

(13) E. W., 4, p. 207; per la trad. ital., *Elementi*, cit., pp. 243-244. Ho trovato una menzione di questo passo in: R. POLIN, *Politique et Philosophie chez Thomas Hobbe*, Paris, 1953, pp. 224-225, che ne inferisce la dimostrazione di come Hobbes si sentisse artefice di una nuova concezione; e in: H. PITKIN, *Hobbes's Concept of Representation*, I e II, in « *The American Political Science Review* » (1964), LVIII, rispett. pp. 328-340; pp. 902-918: citazione a p. 905. Per la puntualità del richiamo di Hobbes al concetto dell'*unità* della persona giuridica, si confrontino le formule di incorporazione, riportate da W. Sheppard, in quello che è il primo tentativo di scritto scientifico sull'argomento, il pragmatico trattato intitolato: *Of Corporations, Fraternities, and Guilds. Or, a Discourse, wherein the Learning of the Law touching Bodies-Politique is unfolded, etc...*, by William Sheppard [Sheppard], Serjeant-at-Law, London, 1659, rist. anast., Garland, N. Y., 1978: « And that the Mayor and Burgesses of that Burrough and Village be from henceforth one Cominalty, or Body Politick in deed, and name, for ever, by the name of, &c. » (p. 22); « the said Hospital, for the time being, shall be from henceforth, and for ever hereafter continued, and remain one Body Politick, &c. by the name of the Masters and poor people » (p. 23); « Wich said President, Treasurer, and Assistants for the time being, shall be for ever hereafter in Name and Fact one Body Politick and Corporate in Law to all intents and purposes » (p. 36). La formula comune delle Charters of incorporation era: « ... may & shall be one Body Corporate and Politick in Deed, Action, and Name » (p. 47) ripetuta con solennità nella chiusa dell'atto: « And, We do erect, make, ordain, create, constitute and declare for Us and Our Successors, the same to be one Body Corporate or Politick in Deed, Action, and Name, really and fully by these presents » (p. 48). (Sulla personalità di Sheppard, « an industrious writer

Il corpo politico esprime dunque l'unità dell'entità sociale: *corpo* e *persona*, sia nella dimensione strettamente giuridica che in quella più ampia, politica, rappresentano allo stesso modo la vera natura del soggetto collettivo creato dalla volontà degli uomini (14).

La dottrina dei *systemata*, sviluppata nel *Leviathan*, non mostra modifiche di rilievo in ordine a questa impostazione: il *systema* non fa vedere una concezione dello Stato o delle persone giuridiche diversa da quella che la terminologia del *corpo* e della *persona* rivela. Esso fa invece vedere un ampliamento di prospettiva poiché i *systemata* non coincidono con le persone giuridiche, che ne sono invece solo una parte, sia pure la più cospicua. Se la *persona civilis subordinata* non muta quindi nel suo concetto venendo pensata come *systema*, non è però più l'unica entità sociale accanto e contro allo Stato: diviene parte di un

---

of many miscellaneous law books », cfr. H.D., V, p. 391 e VI, p. 415, nonché YALE, *Headless Bodies*, cit., alla nota 9 di p. 41: Sheppard era diventato Serjeant-at-Law sotto Cromwell, di cui era stato consigliere per i progetti di riforma del diritto; in particolare aveva curato la stesura di molti atti di concessione della personalità giuridica, durante il Protettorato).

(14) Una contrapposizione in Hobbes del *corpo* alla *persona*, come immagini che esprimano due concezioni *diverse* della *respublica*, appare dunque problematica e forse artificiosa; e del resto vediamo che il *corpo* e la *persona* sono da alcuni giudici già ritenuti sinonimi, quali immagini dell'ente collettivo, nella giurisprudenza del tardo Year Book: « Car jeo entend que le Maior, Comminalte, et corps corporate per tiel nosme, ne sont my forsque un person en Ley ... » (Y. B. 21 Edw. IV, p. 7 per Pigot, cit. in LUBASZ, *Corporate Borough in Late Year-Book Period*, cit., p. 233 n. 14). Una differenza di significato, sia pure sfumata, può però ritrovarsi nello stesso periodo secondo Lubasz, di contro all'opinione prevalente di Pollock e Maitland, per i quali « *corporacion*, for which *corps corporat* and *corps politick* are equivalents » (LUBASZ, *op. cit.*, p. 235 n. 24). Egli sostiene infatti che « il termine *corporation* è usato a volte per indicare espressamente e specificamente l'aspetto giuridico del gruppo (*name* e *capacity*) mentre il termine *body politick* è usato a volte per designare specificamente la comunità politica di « uomini naturali » che gode effettivamente di uno status corporativo » (*op. cit.*, p. 235). Il termine *body corporate* è invece meno usato ma è quasi sinonimo di *body politic* (*ivi*, pp. 235-236). Allora il pensiero dei giudici distinguerebbe tra « la comunità come un'entità fisica e naturale e la corporazione come suo aspetto artificiale, puramente giuridico » (*ivi*, p. 236). Questa distinzione verrebbe poi meno con il posteriore prevalere della teoria della finzione, come sembra dimostrare la terminologia successiva, in cui come mostrano i formulari di Sheppard, i due termini sembrano essersi ormai risolti nell'endiadi *body politick* and *corporate*.

tutto in cui, di fronte alla sovranità assoluta dello Stato, non ci sono solo gli individui atomisticamente concepiti, ma una gradazione infinita di corpi o persone artificiali, realtà sociali intermedie, che — quando sono legittime — costituiscono addirittura la « muscolatura » della res publica (15).

2. Con l'eccezione di Gierke, i systemata hobbesiani non hanno comunque trovato un adeguato riconoscimento nella letteratura più autorevole, forse condizionata dal celebre passo del cap. XXIX del *Leviathan* in cui Hobbes annovera l'eccesso delle corporations, cioè dei systemata che sono persone giuridiche, tra le cause di dissoluzione dello Stato (16). L'interpreta-

---

(15) L'espressione risulta da uno dei tipici paragoni hobbesiani tra lo Stato e il corpo umano: i systemata legittimi sono « i muscoli » dello Stato e quelli illegittimi i « tumori e la bile »: « such as be lawful, to the muscles; such as are unlawful, to wens, biles, and apostegms, engendered by the unnatural conflux of evil humours » (*Lev.*, cit., p. 156. Cfr. per la traduzione ital. T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di G. Micheli, Firenze, 1976, p. 234). È da notare comunque che il paragone, esteso sino alle malattie, tra le parti dello Stato e quelle del corpo umano, era, a prescindere dalla sua origine classica, piuttosto diffuso nella letteratura politica medievale e in quella immediatamente anteriore e contemporanea a Hobbes: quest'ultimo lo avrebbe anzi recepito dall'opera di Starkey, *Dialogue between Pole and Lupset* (secondo quanto afferma HALE, *The Body Politic*, cit., p. 127 e pp. 18-47 per il background classico e medievale). Per le origini medievali del parallelo, riscontrabile addirittura nella *Lex Wisigothorum*, e poi in autori come John of Salisbury, Cusanus, cfr. il già citato testo di GIERKE, *Political Theories* etc., pp. 23-27 e 131-132.

(16) *Lev.*, cit., p. 218: « Another infirmity of a commonwealth ...[is] ... also the great number of corporations; which are as it were many lesser commonwealth in the bowels of a greater, like worms in the entrails of a natural man ». È da notare che questa causa di dissoluzione dello Stato, non è considerata nei capitoli che si occupano dello stesso argomento negli *Elements* (E. W., cit., 4, pp. 200-212) e nel *De Cive* (O.L., 2, cit., pp. 284-296), mentre il testo della versione latina del *Leviathan*, pubblicata diciotto anni dopo quella inglese, del 1651, e in generale più attenuata rispetto ad essa, recita: « item oppidorum incorporatorum multitudo. Sunt enim totidem civitates minores in majore; quasi in hominis naturalis intestinis totidem lumbrici » (*De Civitate*, in O.L., 3, p. 239). L'attenuazione appare qui del tutto evidente. Infatti, mentre nel *Leviathan* l'accusa si rivolge a tutte le corporazioni in quanto tali, nella versione latina riguarda solo gli *oppida incorporata* ovvero le *incorporated Towns*, le città cioè che godevano della personalità giuridica, con gli annessi privilegi, con esclusione quindi delle altre

zione che ne dà Gierke non è naturalmente tale da far apparire in Hobbes un organicismo (pre-istituzionalistico) che infici in qualche modo il riconosciuto meccanicismo della sua concezione del mondo, dello Stato e dell'uomo. Gierke riconosce a Hobbes, come è noto, il merito di aver per primo elaborato il concetto moderno di personalità giuridica dello Stato, con l'espressione tecnica *persona civitatis*. «Tuttavia la personalità dello Stato secondo Hobbes non è altro che la personalità del principe (*Herrscherpersönlichkeit*) della vecchia dottrina, intesa in senso assolutistico e meccanicistico. Hobbes è sempre profondamente individualista, e tale individualismo è la fonte della sua concezione della soggettività giuridica delle corporazioni e dello Stato. A dire il vero, servendosi dell'immagine del leviatano, intende lo Stato come un corpo gigantesco e sviluppa fin nei dettagli l'analisi con un essere vivente: ma il supposto organismo risulta in definitiva un mero meccanismo e l'essere vivente un puro automa». Infatti «è nel contratto degli individui che egli vede l'atto creativo che [ne] pronuncia il «fiat». ... Perciò soltanto gli individui sono e restano persone reali: alle corporazioni (*Korporationen*) e allo Stato spetta solo una «persona civilis», che non è se non la «persona artificialis» di un «corpo fittizio» (Lev. c. 22)»<sup>(17)</sup>.

---

corporazioni: Guilds, Fraternities, Companies, Fellowships, etc. (per questa terminologia, cfr. W. SHEPPARD, *Of Corporations*, cit., p. 5). Il traduttore italiano del *Leviathan*, interpretando qui il testo inglese alla luce di quello latino, sostiene che, per corporations «si deve intendere corporazioni come città incorporate nello stato con privilegi speciali» (*Lev.*, tr. it., cit., p. 327 n. 39). Ma in tal modo l'attenuazione di significato della versione latina dovrebbe valere, in modo del tutto contrario alla lettera, anche per quella inglese.

(17) GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, Breslau, 1880, rist. anast. 7<sup>a</sup> ediz., Aalen, 1981, pp. 189-190. Ho utilizzato, con qualche modifica, la traduzione italiana di A. Giolitti: OTTO VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, 1943, rist. anast., 1974, pp. 148-149. Per l'esposizione del concetto hobbesiano dello Stato cfr. anche D.G., IV, pp. 328-331. L'espressione «persona civitatis» non è di invenzione hobbesiana, ma deriva, come è noto, dalla terminologia di canonisti e civilisti, come si evince dalle ricostruzioni dello stesso Gierke: *persona universitatis*, *collegii*, *municipii* nella *Glossa al Liber extra* e in Durante (D.G., III, p. 279); *persona civitatis*, *persona universitatis*, *persona politica* in Baldo (D.G., III, p. 426).

Nella visione complessiva di Gierke, la « vecchia dottrina » è quella dei pubblicisti medievali, che, sviluppando le teorie dei civilisti, avevano postulato due personalità nello Stato, quella del titolare della sovranità (*Herrscher*) e quella della assemblea del popolo. Questi due soggetti concorrono a formare l'unità della *respublica*, però restando due soggetti giuridicamente distinti: nonostante la sottomissione dell'uno all'altro, sono infatti protagonisti, nota Gierke, di una vera e propria relazione giuridica bilaterale, poiché il corpo che si sottomette ad un sovrano deve essere comunque imputabile di diritti ed obblighi contrattuali nei suoi confronti, come avviene per l'appunto nelle persone giuridiche verso il loro titolare. Il re e l'imperatore vengono quindi considerati come se fossero preposti ad una persona giuridica. In tal modo, andrebbe però perduta la genuina idea dell'unità del tutto, che secondo Gierke non può che essere di tipo organicistico, immanente (18). E ciò accade per il predominare di una concezione (di origine romana e italiana) che vede l'universitas come soggetto unitario ed indipendente dai singoli che la compongono, ma in quanto mera finzione, nomen juris in cui gli individui reali danno vita ad una semplice unione estrinseca, regolata da rapporti meramente formali e gerarchici. Perciò la « vecchia dottrina » elabora per il concetto dello Stato le categorie create dai civilisti per la persona giuridica, comprese le norme di procedura riguardanti il funzionamento delle assemblee, l'elezione del titolare, e la funzione da attribuire al principio maggioritario (19).

---

(18) Il modo in cui Gierke intende l'unità della personalità giuridica, risulta da questa complessa proposizione, in cui si esprimerebbe la mitizzata concezione germanica della stessa, secondo la quale, « sich die Korporation als ein organisches Gemeinwesen und folgeweise die juristische Person als die der Gesamtheit innewohnende Lebenseinheit und die Gesamtheit als der diese Einheit verkörpernde Organismus darstellt » (D.G., III, p. 284). Per una esposizione critica dell'organicismo di Gierke, ricordo F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, pp. 195-204 e sp. pp. 204-228.

(19) Per tutto questo sviluppo della « vecchia dottrina », cfr. GIERKE, *Political Theories*, cit., pp. 1, 44-45, 61, 67, 70-71 (e per le note: pp. 101, 162 [nota esplicativa di Maitland], 170). Nella *Translator's Introduction*, Maitland si sofferma più volte su questo canone storiografico gierkiano della *Staatslehre* come Kor-

Con l'affermarsi della concezione contrattualistica dello Stato, l'atto che dà origine alla società è paragonato all'atto di costituzione di una persona giuridica, come se la *societas* (e quindi lo Stato) non potessero distinguersi strutturalmente dalla corporazione <sup>(20)</sup>. Ma l'esigenza di affermare l'*unità* dello Stato, al di fuori della visione organicistica e trascendente del Medio Evo, muovendo cioè dalla *societas* come realtà che ha *solo in se stessa* la sua giustificazione, poteva esser perseguita, secondo Gierke, solo sviluppando sino in fondo il concetto della personalità giuridica ovvero concependo la *societas* autocostituitasi nel patto sociale come soggetto giuridico dotato di poteri sovrani, cioè come Stato. Le due personalità, del sovrano e del popolo, vengono così eliminate a favore di un unico soggetto sovrano, concepito come persona *ficta*. Questo sviluppo fu portato a compimento « nel modo più radicale » da Hobbes che per l'appunto eliminò sia le due forme di patto sociale, di unione e sottomissione, facendo scaturire l'unione dall'unico atto iniziale di sottomissione, che le due personalità, poiché il popolo ha ora la sua unità solo nella persona del sovrano e di per sé non è che semplice moltitudine. La sovranità della *respublica* è quindi nella persona scaturita dal patto di sottomissione, che la esercita nella forma dell'individuo o dell'assemblea, *unus homo* o *unus coetus* <sup>(21)</sup>. Le immagini dell'organicismo medievale vengono ancora usate dal giusnaturalismo moderno, ma in un modo che ne stravolge l'originario significato <sup>(22)</sup>. La *respublica* ha la sua unità nella persona *ficta* del sovrano, ed è concettualmente diversa, come un vero e proprio soggetto giuridico indipendente, dai singoli della moltitudine: ma questa unità appare già essere quella della *macchina*, come unità non organica ma di parti connesse, con le loro competenze e funzioni, un'unità che non è invisibile ed interiore (come lo era per i pensatori medievali) ma solo esteriore, *visibile*, perché

---

*porationslehre: op. cit.*, p. IX, X, XI, XII, XLI. Per anticipazioni presso i Glossatori: D.G., III, p. 225.

<sup>(20)</sup> GIERKE, *Political Theories*, cit., pp. 89-90 e 187 per le note.

<sup>(21)</sup> Per tutta questa interpretazione dello sviluppo del contrattualismo moderno, cfr. D.G., IV, par. 14 *Der Naturrechtliche Staatsbegriff*, pp. 290-291, 304-306.

<sup>(22)</sup> *Op. cit.*, p. 307-8.

manifesta in una delle parti costitutive dello Stato, l'unus homo o l'unus coetus <sup>(23)</sup>.

La personalità giuridica dello Stato moderno, quale appare in Hobbes, non si traduce quindi, secondo Gierke, in un concetto veramente *nuovo* della sovranità, se essa non è altro che l'espressione dei poteri del titolare medievale della personalità, privi ora dei limiti che si ritenevano ad essa intrinseci <sup>(24)</sup>. E questa assenza di limiti è il fatto veramente nuovo e non è in contraddizione con l'affermarsi di una Weltanschauung individualistica. Dal punto di vista di Gierke, la connotazione individualistica del pensiero di Hobbes non ne caratterizza un tratto positivo: essa non vuol esprimere il concetto che l'individuo sia nello Stato hobbesiano più protetto di prima ma solo che l'individuo atomisticamente considerato resta l'*unica* persona reale, l'unico soggetto concreto, l'unica « fonte effettiva » della persone giuridiche che sono lo Stato e le corporazioni. Né può essere altrimenti, secondo Gierke, in un sistema di pensiero che fa scaturire la società, di contro alla natura, da un semplice accordo delle volontà degli individui concreti, miranti al fine comune della autoconservazione, e in conseguenza elimina ogni vera differenza *qualitativa* tra i vari corpi sociali, tra i quali solo la famiglia appare ora un'entità naturale. Infatti le istituzioni o per meglio dire le universitates che dalle unità territoriali alle corporazioni, allo Stato compongono la società, sono tutte pensate all'insegna di un'origine pattizia: la dottrina dello Stato del pensiero contrattualista si sviluppa da una « dottrina generale della società », nel cui ambito le associazioni diverse dallo Stato sono concepite con un'origine e una giustificazione simili a quelle dello Stato, anche se poi la similitudine non conduce alla loro indipendenza da quest'ultima ma invece alla loro sottomissione <sup>(25)</sup>.

<sup>(23)</sup> *Ivi*, pp. 310-311, 313.

<sup>(24)</sup> Per i limiti al potere del sovrano e al diritto positivo, elaborati dal pensiero medievale: *Political Theories*, cit., pp. 74-75 e pp. 172-174.

<sup>(25)</sup> Per questo sviluppo: D.G., IV, pp. 332-333, 378. Naturalmente la tendenza dominante nel giusnaturalismo è quella di difendere in tutti i modi i diritti dell'individuo in società: *op. cit.*, p. 379 ss., 406-7 (Del resto anche il giusnaturalismo assolutistico di Hobbes difende e protegge, sia pure ad un duro prezzo, l'individuo in società).

Alla luce dell'impostazione qui riassunta, Gierke sviluppa la sua analisi dei *systemata* hobbesiani <sup>(26)</sup>. Queste associazioni sono organizzazioni sociali meno ampie rispetto allo Stato (*engen Verbände*) ma, come lo Stato, hanno origine da un contratto: perciò la loro esistenza è espressione della medesima « forza giuridicalistica di associarsi, che ha creato lo Stato », anche se non possono non esser sottoposte allo Stato, che è il tipo di *systema* « assoluto e indipendente » <sup>(27)</sup>. Infatti, costituendo lo Stato, gli individui hanno, secondo Hobbes, conferito ogni potere alla persona del sovrano; perciò la capacità loro rimasta di unirsi in associazioni, apparirà come manifestazione di una « facoltà » e non di un « potere »: un potere dell'ente sociale, può concepirsi solo come « *anvertraute Staatsgewalt* » <sup>(28)</sup>. Quindi, secondo l'interpretazione di Gierke, il potere che l'organizzazione subordinata esercita nei confronti dei suoi membri, pur se autonomo nel suo esercizio, non può essere comunque da questa autonomamente originato e proprio perché, pur avendo in comune con lo Stato il patto come strumento di origine, resta la differenza nello scopo, che non è generale come per lo Stato, e quindi la conseguente differenza nella *quantità* di potere conferito all'ente: se il potere che ha lo Stato è assoluto, nessun potere intermedio potrà crearsi se non per opera del potere assoluto dello Stato, che in ogni caso non può rinunciare alle sue prerogative sovrane. Così è la *potestas* statale a decidere dei conflitti tra il *systema subordinatum* e i membri di esso <sup>(29)</sup>. Quindi, il fatto che Hobbes ricomprenda lo Stato e le « associazioni più ristrette » nel medesimo schema, elaborato dalla sua « dottrina generale della società », non contraddice in alcun modo alle sue tendenze assolutistiche <sup>(30)</sup>.

E ciò risulta in maniera del tutto evidente, secondo Gierke, anche dal fatto che sia allo Stato che alla corporazione si applica il tipico concetto hobbesiano di *rappresentanza*, secondo il quale rappresentante « è colui che agisce », per cui è la persona del rap-

---

<sup>(26)</sup> D.G., IV, pp. 355-361.

<sup>(27)</sup> *Op. cit.*, p. 356.

<sup>(28)</sup> *Op. cit.*, p. 357.

<sup>(29)</sup> *Op. cit.*, *ivi*.

<sup>(30)</sup> *Op. cit.*, *ivi*.

presentante, dell'attore a realizzare l'unità, in modo che la moltitudine rappresentata sia sempre considerata autrice delle azioni di lui <sup>(31)</sup>. Dunque, la « untergeordnete Verbandspersönlichkeit » è sottoposta a quella statale, gode di un potere di tipo commissario ovvero « in certis rebus a civitate determinatis », può persino esser limitata nel tempo, come nel caso dei parlamenti regi o della famiglia; inoltre, si riproduce in essa il modello di rappresentanza che costituisce il presupposto concettuale stesso dell'assolutismo hobbesiano <sup>(32)</sup>. Perciò, se nei systemata non appare ovviamente un potere assoluto, appare però in modo rigido il dualismo di « monarchia o repubblica » che caratterizza la forma di Stato, senza che vi sia spazio alcuno per « una pluralità di organi le cui competenze siano suddivise secondo la legge di fondazione dell'ente »: la « persona Systematis » è infatti *unus homo* o *unus coetus*, individuo o assemblea, e ripete il modello di quella dello Stato <sup>(33)</sup>. La *casistica* dei rapporti tra i rappresentanti e i membri del systema è diversamente articolata da Hobbes a seconda del carattere individuale o collettivo del rappresentante e riguarda la responsabilità patrimoniale verso i terzi e i singoli componenti, la capacità penale e le forme di estinzione; essa concerne in pratica le sole persone giuridiche, e non sembra sempre del tutto soddisfacente (è « zum Teil wenig einleuchtende »), ma offrirebbe comunque la riprova, per Gierke, del fatto che la *Verbandspersönlichkeit* di Hobbes esprime un « individualismo estremo »: infatti « essa si dissolve in individui rappresentanti e rap-

---

<sup>(31)</sup> *Op. cit.*, pp. 357-358; cfr. anche pp. 329-331. Presso i civilisti si trova ad un certo punto lo sviluppo del concetto, già presente presso i Glossatori (D.G., III, p. 219 ss.), che il rappresentante vincola indiscriminatamente tutti i membri della universitas « quamvis id quod fit per illos quibus respublica gubernari commissa est, fingatur per jura sciri et fieri per omnes de civitate, tamen in rei veritate non omnes ordinant nec omnes sunt culpabiles »; anche se poi la competenza del rappresentante viene ristretta nei limiti del mandato: così il principio stabilito nella Glossa per cui « omnes videntur facere quod consilium facit » non si applica ai reati (cfr. D.G., III, p. 394 con la n. 171 e p. 395 con la n. 173, per le citazioni qui riportate).

<sup>(32)</sup> D.G., pp. 358-359.

<sup>(33)</sup> *Op. cit.*, p. 359. L'applicazione dello schema della rappresentanza politica, monarchia o repubblica, alla corporazione, è comunque già presente presso i civilisti: cfr. D.G., III, pp. 357, 481.

presentati; l'individuo che venga autorizzato od obbligato dal proprio o altrui comportamento è implicato con tutta la sua personalità; mentre solo equiparando artificiosamente tutta l'assemblea con la maggioranza, appare una sicura separazione tra la soggettività giuridica del corpo e i singoli individui» (34). Vale a dire: poiché l'unità della persona è fittizia, la separazione proclamata nel concetto tra persona e singoli membri può ottenersi solo considerando artificiosamente la volontà della maggioranza come volontà unanime di tutti; perciò solo grazie ad una finzione, e non perché si sia costruita una vera unità, si può separare la *Rechtssubjektivität* della corporazione da quella dei singoli. Il tutto risulta allora pur sempre da una somma di parti e ne risulta confermato l'individualismo di fondo: la *realtà* degli individui rappresentanti e rappresentati realizza l'unità solo mediante una *fictio juris* (35).

Nonostante queste riserve, che riflettono le critiche di Gierke a tutta l'elaborazione canonistico-civilistica e giusnaturalistica della persona giuridica come persona ficta, il Nostro afferma poi che la teoria dei *systemata subordinata* di Hobbes, malgrado il suo impianto « atomistico-meccanicistico », ha avuto un « significato storico » che non si può certo trascurare. Essa ha infatti « introdotto per la prima volta nella dottrina del diritto naturale un concetto della personalità delle associazioni umane che non è semplicemente preso a prestito dalla teoria civilistica delle persone giuridiche ma deriva anche dai presupposti stessi della dottrina del diritto naturale. E tale concetto è stato poi innalzato a concetto centrale del diritto di ogni sfera comunitaria e del diritto pubblico » (36). Secondo il pensiero di Gierke, da un lato

---

(34) D.G., IV, p. 359-360.

(35) Hobbes si servirebbe allora della finzione, tradizionale nella « vecchia dottrina » sin dai tempi dei Glossatori, secondo la quale la maggioranza decide per l'intero: cfr. D.G., III, pp. 219-220, 392-394, 405, 465-466, 470: « quod fit a majori parte corporis, attribuitur toti corpori » (Per l'origine di questo principio, cfr. p.e. Ulp. 76 *ad ed.*, D. 50, 17, 160, 1: « Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem » ed il relativo richiamo di Gierke in D.G., III, p. 153. Il principio, come si vedrà, era stato comunque reso obbligatorio in Inghilterra da uno *statute* di Enrico VIII).

(36) D.G., IV, pp. 360-361.

Hobbes si ispira dunque alla tradizione giuridica europea, i cui concetti sono stati utilizzati per creare quello dello Stato moderno; dall'altro, prende parte alla dissoluzione di questa tradizione, già implicita nell'indirizzo giusnaturalistico in quanto tale, con la sua contrapposizione meccanicistica di Stato ed individuo quale risultato della origine contrattuale del primo. L'ambivalenza della posizione di Hobbes non impedisce però che nei confronti della « vecchia dottrina » prevalga in lui l'elemento rivoluzionario, se è vero che la sua concezione meccanicistica dei corpi sociali lo separa nettamente dall'organicismo della teoria politica medievale, nei cui confronti anzi egli opera la rottura decisiva <sup>(37)</sup>.

Anche Tönnies, nella sua ancor classica monografia, vede il significato storico del pensiero di Hobbes proprio nella sua dissoluzione dell'organicismo medievale, con il suo fondamento

---

<sup>(37)</sup> Cfr. tra l'altro una delle aggiunte del 1902 alla monografia su Althusius: Gierke sostiene di aver dimostrato « come il concetto della personalità dello Stato, ereditato dalla teoria medievale della persona giuridica, sia stato ulteriormente sviluppato dalle teorie giusnaturalistiche dello Stato e costruito come concetto giuridico specificamente da Hobbes e Pufendorf ma rovesciandone il centro di gravità » (GIERKE, *Althusius*, cit., *Zusätze vom Jahre 1902*, pp. 323-366, p. 356). Un'interpretazione del concetto di persona pubblica hobbessiana, Stato e corporazioni, del tutto diversa da quella di Gierke, è quella sostenuta da J. W. Lapierre, che ricollega Hobbes non tanto al movimento di pensiero europeo, quanto ad una tradizione specificamente inglese, ossia al concetto di rappresentanza racchiuso nell'istituto giuridico del *trust*. Purtroppo, non sono riuscito a procurarmi questo interessantissimo studio, e devo limitarmi ad una citazione meramente informativa. Scrive infatti lo studioso, in J. W. LAPIERRE, *Corps biologique, corps politique dans la philosophie de Hobbes*, in *Revue européenne des sciences sociales*, XVIII (1980), 49, pp. 85-99, a p. 94 n. 29, a proposito dello Stato come « personne fictive » che costituisce la « condition de possibilité » di tutte le « finzioni giuridiche » delle persone minori: « Il y a vingt-six ans, j'ai tenté d'expliquer cette théorie de la personne publique en tant que « personne fictive » en la rattachant à une tradition juridique propre à l'Angleterre, celle de l'institution coutumière du 'trusteeship', qui régissait alors toutes les associations privées non 'incorporée' par l'Etat, en particulier les fondations charitables protégées par les juridictions d'équité et la législation élizabéthaine. Hobbes lui-même suggère ce rapprochement au chapitre 16 du *Lév.*: Il est peu de choses qui ne puissent être représentées et d'une manière fictive. Des choses inanimées, une église, un hôpital, un pont... » (v. J. W. LAPIERRE, *Remarques sur la théorie de la personne publique chez Thomas Hobbes*, in *Annales de la Faculté des Lettres d'Aix*, tome XXVII, 1953, pp. 9-42, Gap. éd. Ophrys).

trascendente. Hobbes è ovviamente per Tönnies uno dei primi artefici dell'ideale razionale, volontaristico, meccanicistico della società, basata sul principio del contratto, di contro a quello organicistico della comunità, ideale che rappresenta poi il principio sul quale si è costruito il mondo moderno<sup>(38)</sup>. Le moderne teorie organicistiche, quando criticano Hobbes per il suo meccanicismo e volontarismo, non hanno compreso, secondo Tönnies, che il progresso del mondo moderno è stato proprio nel senso di creare le società su basi razionali (interesse, volontà, contratto) al posto della comunità: la teoria del contratto sociale corrisponde all'idea dello Stato moderno, cioè al concetto dello Stato come lo pensano delle individualità « coscienti di sé », che « regolano tutto »

---

(38) F. TÖNNIES, *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart, 1925<sup>3</sup>, rist. anast. Stuttgart, 1971, con un saggio introduttivo di K.-H. Ilting, p. 87 ss. per i caratteri del pensiero moderno ed il contributo dato ad esso da Hobbes; p. 245, 265 e n. a p. 307 con richiami a Gierke e a Jellinek, per il suo rovesciamento dell'organicismo medievale nella teoria dello Stato: la rappresentazione della « vita sociale » del pensiero tradizionale, aristotelico-cristiano, è caratterizzata, secondo Tönnies, proprio dal tentativo di cogliere quella vita in immagini organiche. Contro chi è incline a vedere anche in Hobbes una visione organicistica del mondo umano, bisogna ricordare come Hobbes fosse convinto « dass organischer Körper selber als Mechanismus begriffen werden müssen » (*op. cit.*, p. 307, cit. n. 130). La correlazione tra idea del corpo come meccanismo e concezione dello Stato come macchina, è stata poi messa in rilievo, in tutta la sua terribile e distruttiva pregnanza per il pensiero moderno, da C. SCHMITT, *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1937), pp. 622-632: « Con la rappresentazione dello Stato come il Meccanismo che si è detto, si è compiuto il passo metafisico decisivo: con esso, sostiene Schmitt, Hobbes è andato al di là di Descartes che, da parte sua, aveva aperto la strada affermando che, poiché il corpo umano è una macchina e l'uomo consiste di corpo e anima, lo si deve concepire « als ein Intellekt auf einer Maschine ». Questa immagine fu applicata allo Stato, inteso come « uomo in grande », da Hobbes: « ma ciò implicò ... che anche l'anima dell'uomo in grande si tramutasse in una componente della macchina ». Dopo di che, è stato possibile, con una « retroapplicazione dell'immagine », concepire anche « l'uomo in piccolo » ossia l'uomo, come « homme-machine ». Quindi « l'immagine meccanicistica dello Stato ha perfezionato la concezione meccanicistica dell'immagine dell'uomo » (*op. cit.*, pp. 631-632). Questo tema è stato poi sviluppato più ampiamente dall'autore in C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hamburg, 1938, rist. inalt., Köln-Lövenich, 1982, con un saggio di Schmitt in appendice e post-fazione di G. Maschke: cfr. p. 54 ss. (e pp. 59-60 per la riproduzione del passo sopra riportato), 61-64, 76-78.

con accordi e contratti. Secondo Tönnies, Hobbes toglie al contratto che fonda lo Stato ogni anteriore elemento sacrale e ne estrae il puro elemento razionale, la volontà cosciente che calcola mezzo a scopo, come unico fondamento legittimo dello Stato: il contratto « di tutti con tutti » si sostituisce a quello « tra principe e popolo » e mette al servizio del nuovo concetto dello Stato l'intimo carattere di strumento (*ein Gerät*), di meccanismo neutrale proprio del contratto come tale <sup>(39)</sup>. Il rapporto meccanicistico delle volontà individuali, che non entrano in rapporto tra loro mediante un corpo sociale che le trascende ma solo mediante il contratto, provoca poi la separazione netta tra diritto pubblico e privato, e l'impossibilità di pensare « alcun soggetto giuridico indipendente » tra individuo e Stato <sup>(40)</sup>. Ciò ha comportato, prosegue Tönnies, che nello sviluppo successivo, gli individui si siano isolati tra di loro e lo Stato da loro. E ciò si vede da una vera e propria « concentrazione del diritto pubblico » che viene « risucchiato dalle molteplici sfere comunitarie »: infatti « lo Stato lo assorbe distruggendo, sottomettendo o rendendosi estranee tutte le forme corporative che non possiedano un dichiarato carattere privatistico. E questa è anche la comune radice della moderna opposizione tra Stato e Chiesa, alla quale la teoria di Hobbes ha già offerto un'espressione così radicale » <sup>(41)</sup>. Dunque, dal punto di vista di Tönnies, nello Stato hobbesiano, nonostante si contemplino i *systemata*, che egli riconosce costituire uno degli elementi di novità del *Leviathan* <sup>(42)</sup>, non può esservi alcuno spazio per uno sviluppo autonomo dei corpi intermedi: sono possibili solo quelli strettamente privatistici perché possono esistere solo a patto di dipendere totalmente dallo Stato quanto alla loro nascita e vita, perché possono agire come soggetti giuridici solo in quanto non abbiano alcuna effettiva autonomia, non godano di alcuna micro-sovrانيتà, non esercitino come tali nemmeno in parte i poteri che il diritto pubblico riconosce a soggetti giuridicamente indipendenti <sup>(43)</sup>.

<sup>(39)</sup> TÖNNIES, *op. cit.*, pp. 265-266.

<sup>(40)</sup> *Op. cit.*, p. 267.

<sup>(41)</sup> *Op. cit.*, *ivi*.

<sup>(42)</sup> *Op. cit.*, p. 255. Tönnies però non analizza i *systemata*.

<sup>(43)</sup> Nell'esperienza medievale *universitates* e *collegia* potevano godere di

Se di fronte allo Stato nato dall'incontro delle volontà di tutti con tutti ma dotato di un potere sovrano assoluto, possono esistere solo soggetti giuridici subordinati, persone giuridiche o enti di fatto che siano, allora questa totale mancanza di indipendenza giuridica dei corpi intermedi sembra eliminare a priori ogni possibilità di discutere sul supposto « istituzionalismo » della concezione hobbesiana. Poiché l'osservazione di Santi Romano, che toglie per noi dall'oblio i *systemata* di Hobbes, sembra destinata a riaprire la questione, battuta in breccia a suo tempo da Gierke e Tönnies, delle componenti organicistiche del pensiero di Hobbes: non vi può essere infatti organicismo alcuno là dove le parti del tutto non godano di una effettiva potestas, non siano cioè entità dotate di una loro effettiva autonomia giuridica: entità non subordinate ma *ordinate* al tutto (se così si può dire). Ma l'istituzionalismo degli Hauriou e dei Romano inclina di per sé all'organicismo e non certo al volontarismo e al meccanicismo. Quale che sia la soluzione da dare alla questione, che forse è di importanza relativa per la teoria giuridica di Santi Romano, dato che il suo « organicismo » sarebbe comunque di un tipo del tutto particolare, nel presente saggio cercherò di integrare il punto di vista di Gierke considerandolo un'eredità da sviluppare: muovendo dal collegamento tra i *systemata* di Hobbes e i concetti generali della sua filosofia politica, alla luce dei rapporti di quest'ultima con la tradizione del pensiero giuridico continentale, mi sforzerò di illustrarne connessioni e differenze con il diritto inglese dell'epoca, cercando in tal modo di rendere lo *sfondo storico* delle istituzioni con le quali Hobbes si confronta.

Tale sfondo va, in via preliminare, senz'altro ricercato nella affermazione hobbesiana che l'eccesso di corporations conduce alla rovina dello Stato, affermazione ampiamente citata nella letteratura e che, unita alla percezione del meccanicismo della costruzione generale, ha forse contribuito — come si è detto — a far trascurare l'analisi dei *systemata*, come se nello Stato di Hobbes non ci potesse essere spazio alcuno per una previsione

---

un'autonomia che significava di fatto l'esercizio di poteri della sovranità, sia per le *universitates superiores non recognoscentes* che per quelle *superiores recognoscentes*: cfr. GIERKE, D.G., III, p. 381-383, sulle teorie dei Legisti.

dei corpi intermedi e subordinati (44). Nel già citato cap. XXIX del *Leviathan* egli scrive infatti: « un'altra malattia della res pubblica è data dall'eccessiva grandezza di una città, quando possa cioè fornire dal proprio distretto gli effettivi e il mantenimento di un grosso esercito; ed anche dal gran numero di corporazioni, che sono come tanti Stati minori nelle budella di uno maggiore, simili a vermi nell'intestino di un uomo » (45). Ma questa condanna del « gran numero » delle corporazioni, sarebbe certamente errato ritenerla mero frutto dell'applicazione di uno schema astratto, giusta il quale nello Stato deve realizzarsi l'unità, razionalisticamente concepita, di persona statale e individuo. È evidente che nel pensiero di Hobbes l'unità dello Stato è un vero e proprio dogma, ed è anche in funzione dell'unità che la persona sovrana è costituita secondo il concetto di una rappresentanza per cui la moltitudine è sempre autrice delle sue azioni. Onde i corpi intermedi e ogni forma legittima di autonomia, vengono guardati a priori con sospetto, perché potenzialmente distruttori della sovranità e poi dell'unità della res pubblica. Ma più ancora che la teoria, più che i presupposti razionalistici del « giusnaturalismo » hobbesiano, è stata indubbiamente l'esperienza storica della rivoluzione puritana ad influenzare su questo punto Hobbes. Infatti, quando è che le corporazioni, come entità dotate di una loro autonomia e individualità, costituiscono effettivamente un elemento negativo? Qual'è l'unità di misura in base alla quale stabilire che queste entità sono diventate ormai un « eccesso » pericoloso per l'esistenza dello Stato? Tale unità è realisticamente vista nella loro capacità di dar vita e prender parte alla guerra civile, capacità storicamente provata, per Hobbes, da come si sono svolti gli eventi della *Great Rebellion*. Le forze disgregatrici della res pubblica o che sono

---

(44) Per un piccolo florilegio di autori che richiamano la condanna dell'eccesso di corporations, a volte riducendola a condanna delle corporations come tali, cfr.: TÖNNIES, *op. cit.*, p. 307, n. 126; L. STEPHEN, *Hobbes*, London, 1904, p. 205; MAITLAND, *Translator's Introduction*, cit., p. XXXIII; ID., *Moral Personality and Legal Personality*, cit., p. 229; K. THOMAS, *The Social Origins of Hobbes's Political Thought*, in *Hobbes Studies*, ed. K. C. Brown, Oxford, 1965, pp. 185-236, p. 216; C. B. MacPHERSON, *Hobbes's Bourgeois Man*, *ivi*, pp. 169-183, 175; D. YALE, *Headless Bodies*, cit., p. 44.

(45) *Lev.*, p. 218, cit.

un portato dell'autonomia delle corporations, vanno quindi considerate congiuntamente, nella critica, a quelle parimenti negative latenti nelle città e nel ceto mercantile (le une e l'altro istituzionalmente integrati alle corporations), per le capacità dimostrate nello scatenare quella guerra. Perciò la critica all'eccesso dei corpi dotati di personalità giuridica, che nel *Leviathan* può sembrare un'applicazione astratta del postulato teorico dell'unità dello Stato sovrano, trova poi nel *Behemoth* lo sviluppo del suo preciso contenuto storico.

Le grandi città, dominate dal potente ceto mercantile, con Londra alla testa, hanno svolto un ruolo determinante nella guerra civile: nell'elenco delle sue cause, si trovano al quinto posto. « Quinto, la città di Londra e altre grandi città mercantili (towns of trade), guardando con invidia alla prosperità raggiunta dai Paesi Bassi dopo che si erano ribellati al loro monarca, il re di Spagna, erano inclini a credere che un mutamento di governo dello stesso tipo, avrebbe loro apportato un'uguale prosperità » (46). Questa, che per Hobbes è una semplice constatazione, va collegata a quanto egli scrive sull'attività rivoluzionaria dei predicatori presbiteriani. Essi cominciarono ad attaccare la religione costituita, subito dopo la morte di Elisabetta, diffondendosi come uno sciame velenoso « in most of the market-towns of England », nelle quali, come i frati di una volta, predicavano di mattino nei giorni di lavoro. Non solo, ma nei loro sermoni, non facevano altro che vellicare la vanità dei mercanti, senza mai condannare la loro cupidigia di guadagno (47). La predicazione puritana si assicura quindi il sostegno del ceto mercantile, conquistando le città *dal* mercato, ossia speculando sull'istinto del guadagno, le

(46) HOBBS, *Behemoth: The History of the Causes of the Civil Wars of England* ..., in E.W., cit., 6, p. 168. L'opera apparve nel 1688, ma era stata scritta già da tempo. Sulla tematica in oggetto, cfr. O. NICASTRO, *Introduzione a T. HOBBS, Bohemoth*, tr. it. O. Nicastro, Bari, 1972, pp. VII-XLVII: p. XI, XIX-XX, XLII (con storiografia ivi citata sul contributo di Londra alla guerra civile); F. FAGIANI, *Leviathan contra Behemoth: costruzione e dissoluzione dei corpi politici*, in *Materiali*, XI (1981), 2, pp. 247-74, che è però uno scritto di polemica anti-hobbesiana in generale. (per il confronto del passo riportato con la traduzione italiana, cfr. tr. it. cit., p. 8).

(47) *Op. cit.*, p. 193. Sull'avversione di Hobbes per i Presbiteriani, cfr. NICASTRO, *Introduzione*, cit., pp. XXXVIII-XLI.

cui perniciose conseguenze per l'anima vengono ad elidersi, dal momento che, secondo la dottrina della giustificazione per fede, gli uomini si possono salvare « mediante la testimonianza dello spirito personale (*private spirit*) di ciascuno, ovvero dello Spirito Santo che abita in loro » (48). Dunque, l'aspirazione ad una grande prosperità sul modello olandese, e l'avidità di guadagno ormai senza limiti, grazie agli orrori teologici del Puritanesimo non più frenati da una legge morale, avrebbero spinto il ceto dei mercanti, notoriamente codardo per natura (49), ad atteggiamenti rivoluzionari, sì che le città sarebbero poi divenute i focolai della ribellione. Ora, alcune città erano incorporate, godevano della personalità giuridica, o ne godevano determinati vantaggi e nelle città si erano costituite in genere molteplici persone giuridiche minori, corporazioni connesse in modo diretto o indiretto con il commercio. Il gran numero delle corporations concorre quindi alla rivoluzione assieme allo spirito perverso, mercantile ma ribelle che ad un certo punto si impadronisce delle città dominate dai mercanti. Sono comunque le conseguenze rivoluzionarie dell'eccesso a doversi imputare alle corporazioni, non le cause dello stesso, poiché le persone giuridiche non possono generarsi da se stesse: « una corporazione non può crearne un'altra e tuttavia tante corporazioni minori possono esser istituite in una più grande, come avviene a Londra e in altre città » (50). La City of London godeva della personalità giuridica by prescription e al suo interno si trovavano ormai molti *bodies politick and corporate*, onde la città mercantile per eccellenza appare il luogo stesso della proliferazione delle corporazioni (51).

---

(48) *Op. cit.*, p. 194-195; cfr. tr. it. cit., p. 31.

(49) *Op. cit.*, p. 340; tr. it., p. 164.

(50) SHEPPARD, *op. cit.*, p. 112: « One Corporation cannot make another, and yet many lesser Corporations may be made within a greater, as in London, and other Cities ».

(51) Sulla personalità giuridica di Londra che, come quella di altre città, era considerata tale per usucapione, a causa dell'esercizio effettivo e prolungato di determinare prerogative, come se fosse stata un corporate body, cfr.: *Liber Assisarum*, 62, 19 Edw. III in cui si parla di Londra come di una « Cominaltie come un singuler person qe puit aver action per nosme de comon come un sole person averroit » (citaz. riportata da CARR, *Early forms of corporateness*, cit.).

Con queste premesse, la città, diventata protagonista della guerra civile, si dimostra poi capace di levare eserciti, quasi fosse un vero e proprio Stato, poiché il potere militare è per Hobbes la misura stessa della sovranità. Infatti, le forze parlamentari erano molto meglio equipaggiate in uomini e mezzi, perché godevano dell'appoggio della « città di Londra e di altre città incorporate (corporate towns) », capaci di offrire ben più del necessario <sup>(52)</sup>. La grande città è quindi eccessivamente grande quando può, come Londra, allestire eserciti per la guerra che distrugge lo Stato stesso dalle fondamenta. E Londra appare con i connotati del mostro che alimenta senza sosta la guerra civile, il vero Behemoth: sono infatti le « trained bands and apprentices of London » a ricostituire, in un momento delicato, l'esercito del conte di Essex <sup>(53)</sup>. La legge storica che opera nelle guerre civili è dunque la seguente: « non solo da questo ma da molti esempi della storia, sembra non possa darsi una ribellione lunga e pericolosa, che non abbia una città troppo sviluppata a fomentarla, con un esercito o due nel proprio ventre » <sup>(54)</sup>. Ma la responsabilità della città non è che quella dei mercanti. Le « great capital cities » non si ribellano se non con il pretesto di non voler pagare le tasse, avversate all'estremo dai loro cittadini, che altri non sono se non i mercanti « la cui professione è il guadagno privato » e la cui unica aspirazione è arricchire smodatamente « by the wisdom of buying and selling » <sup>(55)</sup>.

---

p. 174). Cfr. inoltre la fonte medievale riportata da HD, III, p. 475 n. 1, secondo la quale la commonalty di Londra è da considerarsi « perpetuel », « d'antiquity », è « un gros » (cioè un corpo indipendente). Va poi ricordato che in qualche caso una corporazione poteva crearne un'altra, ma tale potere doveva essere espressamente concesso dalla Corona: HD, cit., ibidem n. 5 (Enrico VIII conferì questo potere all'Università di Oxford). Cfr. inoltre BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (= *Bl. Comm.*) rist. anast. ed. 1765, London-New York, 1966, vol. I, p. 460.

<sup>(52)</sup> E.W., cit., p. 301; tr. it., p. 129.

<sup>(53)</sup> *Op. cit.*, p. 320; tr. it., p. 146.

<sup>(54)</sup> *Op. cit.*, ivi. Da notare l'ironico rilievo, espressione di una avversione profonda: « London, you know, has a great belly, but no *palate nor taste* of right and wrong » (*op. cit.*, p. 292).

<sup>(55)</sup> *Op. cit.*, p. 320-21; tr. it., pp. 146-47. L'avversione di Hobbes per i mercanti, lo conduce anche ad accusarli di sfruttare i poveri « by making poor peo-

La triade città, mercanti, corporazioni concorre quindi a formare l'anti-Stato, il Behemoth, quando gli impulsi distruttivi prevalgono nella natura umana su quelli costruttivi e la civitas di conseguenza scompare nella guerra civile. È evidente che il problema di Hobbes, ben consapevole delle forze negative che albergano nei corpi intermedi, è quello di ricomprenderli nel tutto dello Stato razionalmente concepito, come istituzioni o systemata che si collochino *all'interno* della res publica nata dal patto e dominata da una legge espressione di un potere veramente sovrano, cioè per Hobbes assoluto. La collocazione delle « corporazioni » e istituzioni intermedie in generale nell'ambito dello Stato sovrano unitario, già moderno, deve quindi avvenire in modo da non alterare i caratteri di quest'ultimo, fissati dalla « scienza civile » hobbesiana: e questo sarà uno dei punti, del resto già acquisiti alla critica, che la presente analisi dovrà confermare, senza venir meno al suo assunto di base, che è quello di verificare nella teoria dei systemata l'emergere o meno di una pluralità di veri e propri ordinamenti giuridici nel senso di Santi Romano.

3. Dopo aver esaminato « la generazione, forma e potere di uno Stato », nel cap. XXII del *Leviathan*, intitolato *Of systems subject, political, and private*, Hobbes comincia dunque ad analizzarne « le parti ». Fra queste, in primo luogo quelle che egli chiama i « sistemi », che, secondo l'analogia già vista, sono da paragonare ai *muscoli* del corpo naturale e costituiscono quindi una componente essenziale del tutto. La loro definizione è la seguente: « By

---

ple sell their labour to them at their own prices » (*op. cit.*, ivi). Ma egli non simpatizza certo con i poveri e anzi riunisce in un'unica categoria mercanti e apprendisti, elementi borghesi e proletari, in quanto costituiscano un'unica *fazione* per la guerra civile. (Sulla effettiva portata e sulla sincerità dell'odio di Hobbes per i mercanti e il modello borghese di vita, che la sua filosofia sembra del resto per altri aspetti già prefigurare, cfr. per opposte interpretazioni: L. STRAUSS, *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis*, engl. transl. E.M. Sinclair, 1936, rist. inalt., Chicago-London, 1974, pp. 44 ss., 93, 108 ss. (*The New Morality*), p. 116; K. THOMAS, *The social origins of Hobbes's Political Thought*, cit., pp. 203, 206, 217, 235, 236: intreccio di elementi borghesi, popolari, aristocratici nell'etica di Hobbes; e i richiami di O. NICASTRO, *Introduzione*, cit., pp. XIX-XX).

*systems*, I understand any numbers of men joined in one interest, or one business » (56). Il *systema* è perciò caratterizzato da due elementi: l'esser riunita in un unico corpo da parte di una moltitudine, a prescindere dal numero; l'aver uno scopo comune, dato da un *interesse* o da una *intrapresa*, scopo effettivamente perseguibile a giudizio dei componenti la moltitudine riunita. Ciò che conferisce all'unione il suo carattere di *sistema*, rendendo la moltitudine *una*, è perciò in primo luogo lo scopo perseguito volontariamente in comune, senza il quale si avrebbe una semplice moltitudine di individui, votati alla realizzazione separata del proprio interesse. I *systemata* sono di diversi tipi, e Hobbes sembra dividerli in relazione alla loro conformazione, alla loro origine e alla natura dello scopo perseguito. Dal punto di vista della prima

---

(56) *Lev.*, cap. XXII, p. 146. La versione latina di questo capitolo, che sembra esser quella conosciuta da Santi Romano, è più ridotta rispetto all'originale soprattutto a partire dall'analisi dei « *systemata* subordinata, ad regulanda negotia mercatorum constituta » (O.L., 3, pp. 170-181, sp. pp. 176 ss.). L'espressione *system* sembra esser propria di Hobbes, nell'uso che egli qui ne fa. Tant'è vero che lo *Oxford English Dictionary, A new English Dictionary on Historical Principles*, Oxford, 1961<sup>2</sup>, vol. X, Sole-Sz, pp. 393-394, cita proprio i *Systems* del *Leviathan* come una delle prime fonti di uno dei significati di questa parola, nell'uso senza articolo o possessivo: « At set or assemblage of things connected, associated, or interdependent, so as to form a complex unity; a whole composed of parts in orderly arrangement according to some scheme or plan; rarely applied to a simple or small assemblage of things » (*op. cit.*, p. 393). Sembra trattarsi di una visione meccanicistica dell'unità delle parti in un tutto, mentre una concezione più organica di *system* con articolo e possessivo, nel senso dell'« organismo in relazione ai suoi processi vitali o alle sue funzioni », risulterebbe solo a partire dal 1764. In Pufendorf c'è l'espressione *systema* a proposito degli « entia moralia », che sembra riecheggiare motivi hobbesiani. Gli « entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur personae morales, quae sunt homines singuli aut per vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere, in quo in vita communi versantur » (citaz. da GIERKE, D.G., IV, p. 417 n. 137). È da notare che nella traduzione di Barbeyrac, il termine scompare: « ... soit que l'on envisage chaque Homme en particulier, soit que plusieurs réunis par quelque liaison Morale ne composent ensemble qu'une seule & même idée » (*Le droit de la nature et Des Gens, etc., traduit du Latin par Jean Barbeyrac*, Basle, 1771, vol. I, I, chap. I, p. 11). Ho ritenuto opportuno lasciare il termine greco traslitterato della versione latina del *Leviathan*, perché *sistema* e *system* mostrano oggi un richiamo semantico troppo lontano dal contesto del cap. XXII.

si dividono in due grandi categorie: *regolari* e *irregolari*. I primi sono tali quanto « un uomo, o un'assemblea di uomini è costituita come rappresentativa dell'intero numero »; in caso contrario, i *systemata* sono irregolari <sup>(57)</sup>. I *systemata* regolari si dividono poi in *assoluti* e *indipendenti* e in *subordinati*. I primi sono tali perché « soggetti solo ai loro rappresentanti » e non a quelli di altri corpi. Solo il *commonwealth*, lo Stato è un *systema* regolare, assoluto e indipendente, essendo fornito del potere sovrano e della capacità di applicarlo. Tutti gli altri *systemata* sono dipendenti, poiché sono « sottoposti ad un qualche potere sovrano, al quale ognuno, compreso il loro rappresentante, è soggetto » <sup>(58)</sup>.

Ciò che caratterizza la regolarità del *systema*, la sua appartenenza ad un *tipo*, è dunque l'esistenza di un *rappresentante* di tutti gli individui che lo compongono, sia esso — secondo la tipica rigida endiadi hobbesiana — individuo o assemblea, *unus homo* e *unus coetus*. Il rappresentante, in quanto organo (hobbesianamente *persona*) di una realtà sociale volontariamente costituita, conferisce, come sappiamo, *unità* ai rappresentati, che devono esser considerati *autori* delle sue azioni <sup>(59)</sup>. La *regolarità* del *systema* dipende perciò dall'esistenza di una rappresentanza in seno ad esso, perché mediante quest'ultima il *systema* è *persona* e costituisce un'*unità*; e per Hobbes l'unità, requisito essenziale e specifico di un'entità sociale attiva ed operante, più che dallo scopo comune, è data, come si è visto, dall'aver un organo che la rappresenti, un soggetto delle cui azioni i rappresentati debbano esser considerati autori: in tal modo la multi-

<sup>(57)</sup> *Lev.*, cit., ivi.

<sup>(58)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(59)</sup> Cfr. *Lev.*, cap. XVI, pp. 105-108 e 107: « For it is the *unity* of the representer, not the *unity* of the represented, that maketh the person *one*. And it is the representer that beareth the person, and but one person: and *unity*, cannot otherwise be understood in multitude » (Sul concetto hobbesiano della rappresentanza e della persona sono ancora fondamentali le pagine di Tönnies, *op. cit.*, p. 237-244 e la lunga nota n. 121 alle pp. 302-305, mentre l'articolo di H. PITKIN, *Hobbes's Conception of Representation*, cit., sembra più che altro un elaborato tentativo di confutazione dei concetti hobbesiani, muovendo da supposte, irrisolte e numerose contraddizioni interne degli stessi. Per un'interpretazione che si concentra nel concetto della *authorization*, cfr. D. P. GAUTHIER, *The Logic of Leviathan*, Oxford, 1969, il cap. IV, *Theory of Authorization*, pp. 121-127.

tudine, il gruppo, potendo esser imputato dell'azione del rappresentante, agisce effettivamente come se fosse una persona sola. E che l'*unità* sia un requisito *essenziale* del *systema*, anche se non è detto espressamente, risulta a contrario dalla definizione del *systema* «irregolare», data nel testo latino del cap. XXII: «*Concursus populi systema est; sed irregulare, quia sine personae unitate*»<sup>(60)</sup>: l'unità risulta dall'esistenza di un rappresentante, che nel *conkursus populi*, cioè nella folla manca ed il *systema* è per l'appunto irregolare.

È quindi del tutto evidente l'*analogia* strutturale tra il *systema* e la *civitas*, poiché quest'ultima è una persona artificiale proprio perché trova la sua unità nei rappresentanti (*re* o assemblea) cui la moltitudine ha conferito con il patto sociale un potere sovrano, assoluto su ognuno dei suoi membri. Il *systema* «regolare» ripete perciò nella sua struttura l'*eidos* dello Stato hobbesiano *by institution*, e ne appare, per così dire, una manifestazione nell'ambito sociale, secondo un rapporto che sembra essere quello di *species a genus*. Ma Hobbes nello stesso tempo sembra superare questo rapporto o rovesciarlo proprio nell'affermazione che lo Stato stesso è *a sua volta* un *systema* regolare, ma «assoluto e indipendente», ovvero è la forma perfetta di *systema*: quest'ultimo non sarebbe allora *species* del *genus* *respublica*, la *respublica* invece *species* del *genus* *systema*. E se del resto il *systema* è nella accezione generalissima qualunque organizzazione di uomini riuniti per «un interesse o un'intrapresa», non si può negare che anche lo Stato costituisca tale organizzazione o associazione.

L'identificazione del *systema* perfetto con lo Stato impedisce perciò che si affermi una contrapposizione radicale tra Stato e *systemata*, come se si trattasse di realtà sociali qualitativamente del tutto estranee: il microcosmo rappresentato dal *systema* deve invece riprodurre il macrocosmo statale. La differenza tra il *systema* subordinato regolare e quello assoluto e indipendente, è data quindi più che dalla *struttura* interiore (che in entrambi è quella di una moltitudine riunita per uno scopo e organizzata mediante rappresentanti) dalla *natura* del loro potere, sovrano l'uno mentre l'altro è da esso derivato, con tutte le conseguenze

---

<sup>(60)</sup> O.L., 3, p. 180.

che ciò comporta. La subordinazione ha quindi un duplice significato perché, senza l'assenso del potere sovrano, i sistemi subordinati regolari non potrebbero *esistere* come organizzazione sociale riconosciuta ed operante, né potrebbero *esercitare* le loro prerogative in forme giuridicamente definite: quindi è il potere sovrano che fa nascere giuridicamente (cioè mediante le norme da esso poste) i systemata regolari subordinati e stabilisce l'*estensione* del loro potere che, come si vedrà, non obbliga allo stesso modo di quello sovrano ma viene concepito nei limiti indicati nell'atto di fondazione.

Ciò visto, la determinazione concreta di queste realtà sociali dotate di una loro autonomia ma *dipendenti* dal systema statale, avviene mediante il filtro di ulteriori definizioni e classificazioni, nel cui ambito (come si vedrà) Hobbes si servirà almeno in parte di concetti in via di sviluppo e consolidamento nel pensiero giuridico inglese dell'epoca. Egli divide i systemata subordinati e regolari in due grandi categorie, « political » e « private », ovvero in persone giuridiche e mere associazioni private. Le persone giuridiche, « dette correntemente bodies politic, persons in Law » sono « made by authority from the sovereign power of the commonwealth », cioè mediante espressa dichiarazione di volontà del sovrano in un atto istitutivo (autorizzazione) della persona giuridica. Questi corpi, derivando dalla legge, sono sempre legittimi e la loro « varietà è quasi infinita », ricomprendendosi anche tutti gli organi collegiali (*assemblies*) per il governo e l'amministrazione di una colonia, provincia, città, università, college, chiesa « o qualsiasi altra forma di amministrazione e governo (*government*) delle persone degli uomini » <sup>(61)</sup>. I poteri dei loro rappresentanti sono rigorosamente fissati dalla legge ovvero sono « sempre limitati » ad opera del potere sovrano: se delimitazione e limitazione mancassero sarebbero allora essi stessi corpi sovrani e non delle semplici persone giuridiche, sottoposte alla legge <sup>(62)</sup>.

I limiti di quel potere risultano dal modo stesso in cui viene istituita la persona giuridica: mediante « lettere patenti » del sovrano integrate dalla legge generale dello Stato (law of the com-

<sup>(61)</sup> *Lev.*, cap. XXII, pp. 146, 149, 150.

<sup>(62)</sup> *Op. cit.*, p. 146.

monwealth). Le « lettere patenti » stabiliscono caso per caso le diverse limitazioni cui ogni « systema politico » deve essere sottoposto, in relazione alle proprie caratteristiche specifiche. E ove ci siano degli aspetti che nelle lettere non possano esser stati preventivamente definiti, in tutti i casi in cui le lettere tacciano « le leggi ordinarie, cui tutti sono sottoposti, devono stabilire ciò che il rappresentante possa legittimamente fare » (63). Il concetto che il potere dei rappresentanti del systema politico regolare debba esser limitato risulta, prima ancora che da esigenze pratiche, da un principio generale (che non ha bisogno di una norma espressa) dell'ordinamento della respublica hobbesiana, giusta il quale i poteri di qualsivoglia persona od organo diverso dal sovrano sono a questi sottoposti e vengono da questi disciplinati.

In relazione ai poteri del rappresentante nel loro rapporto con gli obblighi che ne scaturiscono per i rappresentati, *autori* delle sue azioni, Hobbes distingue poi tra rappresentanza costituita da una sola persona fisica e da un'assemblea. Nel primo caso, l'atto compiuto eccedendo i limiti del mandato (which is not warranted in his letters, nor by the laws) deve essergli imputato come persona singola, senza che tale imputazione possa mai estendersi all'intero corpo o ad alcun componente di esso diverso dal rappresentante. Ciò che egli invece compie nei limiti stabiliti dalle lettere patenti e dalla legge « is the act of every one » dei componenti il systema o persona giuridica (64). Se il rappresentante è un organo collegiale (assembly), l'atto che eccede i poteri conferiti è invece da considerarsi come atto della « assembly, or body politic », imputabile inoltre a ciascuno di coloro che ne abbia deliberato a maggioranza l'attuazione: non imputabili sono invece coloro che hanno votato contro e gli assenti (65). Se l'atto fa venire in essere una fattispecie di reato, l'organo collegiale « may be punished » mediante scioglimento (dissolution), revoca delle lettere patenti (il che per siffatti corpi « artificiali » e « fittizi » equivale alla morte), sanzione pecuniaria se vi sia un patrimonio sociale che però non comprenda alcuna proprietà dei soci che

---

(63) *Op. cit.*, p. 147.

(64) *Op. cit.*, *ivi*.

(65) *Op. cit.*, p. 148.

non hanno votato le decisioni illegittime <sup>(66)</sup>. Seguono poi ulteriori considerazioni sulla responsabilità patrimoniale del rappresentante per le obbligazioni contratte verso terzi e verso i soci: se è una persona fisica, è responsabile personalmente; se è un organo collegiale, lo sono coloro che hanno votato, cioè la maggioranza. Se l'obbligazione è poi nei confronti di « uno dell'assemblea » tutto il corpo è obbligato ad assolverla, se c'è un fondo comune <sup>(67)</sup>. Hobbes ammette poi che in questi « corpi politici subordinati » è necessario e utile che i singoli componenti abbiano la libertà di opporsi nei confronti delle decisioni della « rappresentative assembly » e far risultare l'opposizione a verbale, altrimenti corrono il rischio di dover adempiere obbligazioni che non hanno concorso a creare o che vengano loro imputati reati commessi da altri <sup>(68)</sup>. E in questa delicata materia Hobbes ammette ovviamente il ricorso al giudice ordinario, che quindi è competente a risolvere le controversie tra i membri del *systema*; quest'ultimo non può quindi essere giudice in causa propria, altrimenti i poteri dei suoi rappresentanti non sarebbero limitati ma sovrani <sup>(69)</sup>. Infine Hobbes considera tre tipi di *systemata politici* come particolarmente degni di analisi, anche se assai diversi tra di loro: quelli per il governo di una colonia; le società commerciali con particolare riguardo al commercio estero (*bodies politic for ordering of trade*); le deputazioni di sudditi richieste di consigliare il loro re, cioè in pratica, come già notava Gierke, i parlamenti <sup>(70)</sup>.

4. Cercherò ora di approfondire analiticamente gli aspetti essenziali di questa personalità giuridica, appena delineata nei suoi tratti generali <sup>(71)</sup>. Non sembra potersi dubitare che il *systema*

---

<sup>(66)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(67)</sup> *Op. cit.*, p. 148-149.

<sup>(68)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(69)</sup> *Op. cit.*, pp. 150-151.

<sup>(70)</sup> *Op. cit.*, pp. 150-153. Per il già citato passo di Gierke cfr. D.G., IV, cit., p. 357 n. 55.

<sup>(71)</sup> Sui *systemata hobbesiani* solo Gierke ha dunque condotto, a mia conoscenza e salvo gli eventuali contributi di J. W. Lapierre (cfr. n. 37 di questo saggio), un'analisi serrata quanto sintetica, nei già citati passi del vol. IV del D.G. In diversi autori ho trovato scarni riferimenti: R. DERATHÈ, *J.-J. Rousseau et*

regolare subordinato sia simile allo Stato, nella misura in cui è una associazione volontaria per uno scopo comune ai consociati. Se lo Stato è ad esso superiore da un punto di vista quantitativo, il *systema* subordinato partecipa però della sua stessa *natura*, di unione nata da un patto cosciente di tutti con tutti, onde la tesi di Gierke, secondo la quale l'entità più grande ha avuto in quella più piccola il suo modello, trova una sua conferma. Ciò detto, va comunque rilevato che, nella prospettiva di Hobbes, la differenza quantitativa tra l'uno e l'altra diviene poi nuovamente *qualitativa*, poiché allo Stato va necessariamente riconosciuto un potere che lo mantiene sempre in posizione di assoluta superiorità nei confronti della persona giuridica. La sovranità statale non si può mai lasciare andare, dal punto di vista di Hobbes, ad alcuna concessione di effettiva autonomia in ordine alla costruzione delle istituzioni; in essa si deve sempre tener presente, mantenere e rafforzare l'*unità* del tutto: ciò significa che la *subordi-*

---

*la science politique de son temps*, 1970<sup>2</sup>, Paris, appendice III, pp. 397-410, pp. 400, 402; R. POLIN, *Politique et Philosophie chez Thomas Hobbes*, cit., pp. 221-250 (*Théorie de la personne publique*), pp. 223-4; D. P. GAUTHIER, *The Logic of Leviathan*, cit., pp. 138-9 (che lamenta il disinteresse per questa ed altre tematiche hobbesiane); S. GOYARD-FABRE, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, 1975, pp. 161-164; F. C. HOOD, *The Divine Politics of Thomas Hobbes, An Interpretation of 'Leviathan'*, Oxford, 1964, pp. 194-5; G. M. CHIODI, *Legge naturale e legge positiva nella filosofia politica di Tommaso Hobbes*, Milano, 1970, p. 142, 148-149; F. VIOLA, *Behemoth or Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Milano, 1979, pp. 161-2; G. SORGI, *Per uno studio della partecipazione politica. Hobbes, Locke, Tocqueville*, Lecce, 1981, pp. 83-91; F. TODESCAN, *Dalla « persona ficta » alla « persona morale ». Individualismo e matematicismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII*, in Q.F., 11-12, cit., I, pp. 59-93, pp. 82-85. Una considerazione a parte merita P. KING, *The Ideology of Order. A comparative analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*, London, 1974, il quale sviluppa il parallelo tra Hobbes e Bodin anche a proposito delle corporazioni: cfr. capp. VII e VIII per Bodin e XVII per Hobbes (rispettivamente pp. 96-105; 106-116; 222-229). L'autore, violentemente critico dell'assolutismo dell'uno e dell'altro, non riconosce a nessuno dei due sistemi coerenza di pensiero: così, scrive che in Bodin il concetto « del modo in cui le corporazioni sorsero » e « a confused mixture of violence and contract theory » (*op. cit.*, p. 106) mentre la sua analisi dei *systemata* hobbesiani si sofferma solo (e sinteticamente) sugli spunti che essi offrono in ordine all'assolutismo, senza percepire alcun collegamento con le categorie e i problemi giuridici del tempo: cfr. p.e. p. 223.

nazione della persona giuridica all'autorità statale sarà piena e senza eccezioni, sia per quanto riguarda la sua *nascita*, che per l'*esercizio* del proprio potere regolamentare in relazione alla legge dello Stato. Come si è visto, Hobbes attribuisce esclusivamente alla *volontà* del sovrano la nascita della corporazione come soggetto giuridico: è quella volontà che conferisce la natura « politica » ad un qualsivoglia « numero d'uomini », la cui *petition of incorporation* (quando c'è) non è evidentemente che un atto dal significato ancora privato <sup>(72)</sup>. La natura « politica » del soggetto ne implica la capacità di agire unitariamente, come se fosse una persona, ovvero un *solo* soggetto giuridico <sup>(73)</sup>. Il *systema* è poi l'analogon della persona artificiale sovrana: esso realizza, quando ha un rappresentante, quell'unità cosciente delle parti in un tutto, che la persona del sovrano pone in essere nei confronti della indifferenziata moltitudine prestatale. Dal sovrano, in quanto *per-*

---

(72) Per le corporazioni mercantili le lettere patenti non facevano in genere menzione della « petizione di incorporazione »: la personalità giuridica veniva concessa dal monarca *de gratia* speciali, *ex certa scientia*, *ex mero motu* ossia « non in risposta ad una petizione ma in generoso riconoscimento del merito ». Si riteneva infatti che « la menzione di una petizione diminuisse la forza dell'espressione *mero motu* ». Tuttavia, verso la fine del XVI secolo le charters erano « frequentemente basate su petizioni » e il sistema doveva essere ormai consolidato al tempo di Hobbes. Si veda un passo della *charter of incorporation* dei fabbricanti di amido di Londra del 13.5.1622: « *And whereas* We have been moved by the humble Petition of divers of our loving subjects using the art or trade of starch-makers inhabiting near unto our City of London that We would vouchsafe to incorporate them into a body politic to have a perpetual succession and thereby ... etc. ». (Ho tratto tutto ciò da: *Select Charters of Trading Companies*, A.d. 1530-1707, a cura e con *Introduction* (di pp. XI-CXXXV) di C. T. Carr, London, 1913, (Selden Society, vol. XXVIII); per le citazioni rispettivamente: pp. xv e n. 7, p. 118 del testo).

(73) Sul significato giuridico specifico di « political » o « politic », esprimenti la *politic capacity*, la capacità dell'ente artificiale (political) di essere ed agire come soggetto giuridico, e che nella terminologia viene contrapposta alla *natural capacity* della persona naturale, cfr. S. KYD, *The Law of Corporations*, London, 1793, 2 voll., rist. anast., Garland, New York, 1975, vol. I, *Introduction*, pp. 14, 15, 16, 22. (Quest'opera, che costituisce come è noto il primo trattato veramente ampio e sistematico sulle persone giuridiche, per quanto di molto posteriore all'epoca di Hobbes, è ugualmente utile, al pari dei *Commentaries* di Blackstone, per ricostruire le categorie giuridiche ad essa anteriori, sulle quali ancora si fondeva il diritto delle corporations).

*sona* artificiale sovrana che « bears the person », la persona naturale di ciascuno della moltitudine, viene dunque creata la persona artificiale subordinata, e questo è evidentemente l'unico caso in cui una persona artificiale possa generarne un'altra. In conseguenza di ciò, poiché il sovrano del *Leviathan* è o un re o un'assemblea (di una democrazia o aristocrazia) dovremmo ritenere che per Hobbes la nascita della corporazione sia da vedersi nella patente regia o nell'atto di una assemblea, democratica od oligarchica che sia. Con ciò Hobbes verrebbe ad adottare nella sua teoria *due* tra i modi di creazione della persona giuridica, affermata ormai da tempo nella prassi giuridica inglese. Coke, nel suo famoso report al *Sutton's Hospital Case* (1613) li riassume in un ordine rimasto poi tradizionale, al pari della sua divisione generale delle persone giuridiche in quelle che constano di una sola persona fisica (è la *corporation sole*: re, vescovo, parroco, etc.) o di più persone (« an aggregate of many », come p.e. mayor e commonalty, dean e chapter, che corrispondono, egli dice, a quelle « chiamate in diritto romano *universitas sive collegium* »). I requisiti, in base ai quali una persona giuridica è legittimamente costituita sono poi cinque: 1) legittima autorizzazione ad incorporarsi; 2) persone da incorporare, o fisiche o giuridiche; 3) un nome; 4) un luogo o sede; 5) una dichiarazione che sia giuridicamente sufficiente senza dover essere necessariamente tecnica <sup>(74)</sup>. Hobbes non si interessa degli aspetti più strettamente tecnici della personalità giuridica (il nome, il luogo, il tenore della dichiarazione dell'atto istitutivo) ma praticamente solo del primo, concernente la fondazione che, secondo Coke, avveniva in quattro modi: per opera del common law, come nel caso del re (che è però *corporation sole*); con atto del parlamento; mediante patente (King's charter) e per usucapione (by prescription) <sup>(75)</sup>.

---

(74) 10 Co. Rep. 29 b in *English Reports* (= E.R.), 77, pp. 960-975, citaz. alle pp. 968-969. Per altri riferimenti di Coke alla personalità giuridica, cfr. HD, III, cit., p. 470. Le osservazioni e le enumerazioni di Coke costituiscono il primo vero tentativo di analisi sistematica, di elaborazione concettuale del fenomeno delle persone giuridiche: cfr. D. YALE, *Headless Bodies*, cit., p. 4 n. 8, che contiene un apprezzamento in questo senso.

(75) 10 Co. Rep. 29 b, cit., p. 968. SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 6-9, ribadisce questa classificazione, che ritroviamo poi sostanzialmente immutata in *Bl. Comm.*,

Ora, Hobbes non prende in considerazione alcuna né il common law né l'usucapione come possibili fonti della persona giuridica. Su questo importante punto egli si differenzia dalla dottrina giuridica inglese del suo tempo e indirettamente anche da quella dell'Europa continentale, della quale quella inglese sembra per vari aspetti un riflesso <sup>(76)</sup>. Il motivo per cui egli riduce il numero dei modi di creazione della personalità giuridica al solo atto del Sovrano, re o assemblea, deriva sicuramente dal fatto che per lui il common law e la consuetudine (della quale sembra espressione la personalità by prescription) o non possono nemmeno dirsi

---

cit., I, p. 460 ss. e Kyd. In quest'ultimo c'è però un principio di elaborazione critica, quando afferma che « when it is said, they may be by prescription, nothing more can be meant, than, that they may be by common law » (S. KYD, *The Law of Corporations*, cit., I, pp. 39-68, citaz. a p. 40). Sulla corporazione di diritto comune, si osservi quanto annota H. LUBASZ, *Corporate Borough*, cit., p. 236 n. 28: « That curious creature, corporation by the common law, which seems to be first alluded to late in the fifteenth century, is perhaps the closest thing to a realist Genossenschaft of the Gierkean variety to be met with in the common law. È da notare che Fineux C. J. usa il concetto nel 1522 riferendosi al parlamento come « Corporacion per le Common Ley » (citaz. in H. LUBASZ, *op. cit.*, ivi). Per la corporation sole, « that curious freak of English Law », cfr. i due noti saggi di MAITLAND, fortemente critici verso il concetto stesso: *The Corporation Sole*, 1900 e *The Crown as a Corporation*, 1901, ora in *Selected Essays*, cit., pp. 73-103, 104-127. (È da notare che a p. 108 del secondo, l'autore suggerisce che l'immagine del monarca nel frontespizio del *Leviathan* esprima l'idea che lo Stato monarchico è una corporation sole: « But, as for Hobbes, so also for King Henry, the personality of the corporate body is concentrated in and absorbed by the personality of its monarchical head »).

(76) Per il pensiero giuridico continentale cfr. p.e. la dottrina della *praescriptio* presso i legisti e Bartolo (D.G., III, p. 369, 370); la dottrina della *confirmatio tacita* e la figura dei *collegia approbata a jure*, applicata agli enti territoriali (D.G., III, p. 437, 438). Sulla (controversa) dipendenza del pensiero giuridico inglese da quello continentale, su questo punto: HD, III, p. 490. Holdsworth però ribadisce il modo indipendente, conforme alle esigenze e al metodo del diritto, inglese, con cui giudici e giuristi arrivarono ad applicare i concetti della persona giuridica, muovendo dal soddisfacimento di esigenze pratiche ossia « non deducendo delle norme dalla natura della personalità giuridica » ma « disciplinando in concreto le attività di queste persone artificiali solo quando fossero portate in giudizio questioni inerenti ai [loro] poteri, capacità e responsabilità » (*op. cit.*, ivi e anche p. 476). (Questa elaborazione giurisprudenziale è ricostruita nei saggi citati alla nota n. 11 di questo lavoro, specialmente quelli di H. KE CHIN WANG e H. LUBASZ).

fonti in senso proprio o sono semplici fonti subordinate. Che in base all'autorità del common law si debba riconoscere al re la personalità giuridica è dal suo punto di vista una autentica eresia, non solo perché non gli interessa e non utilizza la categoria specifica della corporation sole, quanto perché nel suo sistema il Sovrano non può esser riconosciuto come soggetto giuridico né dal common law né dalla consuetudine. Il primo, in quanto consuetudine generale del paese applicata nei tribunali regi, in quanto forma di diritto elaboratasi nell'intreccio di consuetudine generale e precedenti giudiziari, non può certamente costituire la fonte di legittimazione di un potere sovrano, che non è concepito come il prodotto di un processo storico, ma esclusivamente di *un atto di volontà* di ciascun individuo con ciascun individuo, un atto fuori del tempo storico, poiché l'individuo che dà vita allo Stato è immerso nella natura oscura e senza tempo della guerra civile.

È invece *questo* Sovrano a legittimare sia la consuetudine che i giudici, poiché senza di lui né l'una né gli altri potrebbero esistere. Infatti, né consuetudine né tribunali sono presenti nello stato di natura, dove vige l'unica tremenda consuetudine della legge del più forte. Entrambe *presuppongono* lo Stato, ed è la volontà dello Stato che le legittima. La consuetudine ricava allora la sua forza dal *silenzo* del Sovrano, che vale come implicita manifestazione di volontà al mantenimento del suo vigore, approvazione implicita <sup>(77)</sup>; il giudice è nominato direttamente dal re e se per assurdo non lo fosse, varrebbe certamente anche nei suoi confronti il tacito assenso del sovrano all'esercizio delle sue funzioni <sup>(78)</sup>. Nessun esercizio di potere legittimo, come quello di di-

---

<sup>(77)</sup> *Lev.*, cap. XXVI, *Of Civil Laws*, p. 174: « When long use obtaineth the authority of a law, it is not the length of time that maketh the authority, but the will of the sovereign signified by his silence, for silence is sometimes an argument of consent ... ». In *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (= *A Dialogue*), del 1670 circa, che ho letto nell'edizione curata da G. Bernini, con studio introduttivo di T. Ascarelli, Milano, 1960, Hobbes ribadisce che la consuetudine non può mai avere l'autorità della legge: « and if the custom be reasonable, it is not the custom, but the equity, that makes it law » (*op. cit.*, p. 119).

<sup>(78)</sup> Il giudice è un « public minister » incaricato di una funzione specifica: « For in their seats of justice they represent the person of the sovereign; and their

rimere le controversie tra privati, né l'esistenza di una normativa checchesia, efficace erga omnes per la sua intrinseca forza, sono possibili nello Stato senza una *delega* espressa o tacita da parte del Sovrano; infatti il suo potere è l'unico legittimo perché istituito con un patto di sottomissione della volontà di tutti. Inoltre, far dipendere la personalità giuridica del re dal common law significherebbe farne dipendere la legittimazione dalle opinioni dei giudici, meri individui privati il cui compito istituzionale deve essere invece quello di applicare la legge posta o accettata dal Sovrano, che li ha creati. La legittimità del Sovrano deriva quindi solamente dall'istituzione pattizia o dalla conquista <sup>(79)</sup>.

---

sentence, is his sentence: for, as hath been before declared, all judicature is essentially annexed to the sovereignty; and therefore all other judges are but ministers of him or them that have the sovereign power » (*Lev.*, cap. XXIII, *Of the Public Ministers of Sovereign Power*, p. 158). I giudici hanno un potere commissario, conferito loro dal Sovrano al quale resta sempre il vero potere di decidere: infatti, il Sovrano non trasferisce mai il potere ma solo il suo esercizio; cfr. *A Dialogue*, cit., p. 101: « commissioners called justices itinerant »; p. 109 il re stabilisce le competenze delle corti di giustizia « in his Parliament »; p. 111: il Sovrano (il re) resta sempre giudice perché non si è mai privato del potere di giudicare ma lo ha solo « commesso » a dei subordinati.

<sup>(79)</sup> Per Hobbes « the common law is nothing else but equity » (*A Dialogue*, cit., p. 116), che come tale né crea i tribunali né i giudici né stabilisce le loro competenze. O, il che è lo stesso, « reason is the common law » (*op. cit.*, p. 75): ma è l'autorità, non la ragione, a fare le leggi (ivi, p. 74). E le leggi, se devono essere conformi a ragione, lo saranno alla « reason of this our artificial man the commonwealth », il cui comando fa la legge, e non a quella ragione che (nelle parole di Coke) fa risultare ai giuristi il diritto comune, come « an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience » (*Lev.*, cap. XXVI, cit., p. 176). Hobbes non attribuisce poi al giudice, come figura, alcun particolare carisma: egli non sarebbe se lo Stato non lo avesse creato. Ai giudici Hobbes avrebbe certamente applicato le parole che dedica nel *Behemoth* agli intellettuali: « obscure men that could receive no clarity but from the flame of the State » (E.W., 6, p. 242). Per la difesa, contro Hobbes, della « reason of Laws » ricavata da una lunga esperienza, di cui giudici e giuristi sono gli interpreti ed araldi, cfr. il manoscritto incompiuto del suo contemporaneo Sir Matthew Hale C. J., stampato in appendice a HD, V, pp. 499-513, p. 504 e 505: « And this adds to ye difficultie of a present fathomeing of the reason of Laws, because they are the Production of long and Iterated Experience which, tho' itt be commonly called the mistriss of Fooles, yett certainly itt is the wisest Expedient among makind ... ». (Sul punto vedi anche le fini osservazioni di Ascarelli in T.

L'elenco delle fonti dei corpi politici subordinati offerto da Coke, non è dunque accettabile dal punto di vista di un Hobbes, perché mette sullo stesso piano fonti che non possono assolutamente esserlo, come la volontà del Sovrano da un lato e il common law e la consuetudine dall'altro: e le fonti subordinate non possono porsi sullo stesso piano di quella sovrana. Ma ci si potrebbe domandare, a questo punto, se la teoria hobbesiana della sovranità rappresenti effettivamente, come tale, un ostacolo insormontabile per il riconoscimento a fonti subordinate del potere di creare « corpi politici » subordinati. Infatti, non potrebbe a queste fonti esser attribuito in modo esplicito o implicito un potere delegato da parte del Sovrano? Per esempio, nel caso della nascita della corporazione by prescription non ci troviamo di fronte ad una realtà di fatto, ad un unincorporated body che ha esercitato di fatto le prerogative, tutte o alcune, della persona giuridica, per cui esso opera come un vero e proprio soggetto giuridico, pur senza esserlo formalmente? E questa realtà, frutto di una consuetudine magari plurisecolare, non essendosi sviluppata nello stato di natura *ma nello* Stato, non ha forse acquisito la sua efficacia giuridica dal *silenzio* del Sovrano, senza il quale non c'è Stato? Non dovrebbe insomma Hobbes, proprio nei confronti degli unincorporated Bodies, riconoscerne la nascita legittima dalla consuetudine, applicando la sua stessa nozione di consuetudine? Già da queste considerazioni sembra quindi di poter dire che gli *enti di fatto*, non trovano poi una adeguata espressione istituzionale nell'ordinamento giuridico dello Stato hobbesiano: scartato

---

ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, saggio introduttivo cit. al volume in cui è edito *A Dialogue* di Hobbes, cit., pp. 3-69, sp. pp. 24-34. Non sono invece riuscito a procurarmi CAMPBELL, *Thomas Hobbes and the Common Law*, in « Tasmanian Law Review », 1958, I, p. 20 ss.). La difesa della critica dei giuristi, vale a dire di Hale, nei confronti di Hobbes, visto come un astratto dottrinario cui sfuggivano gli elementi reali, il profondo equilibrio della costituzione inglese, è sostenuta in un polemico e serrato saggio di M. KRIELE, *Die Herausforderung des Verfassungsstaates: Hobbes und englische Juristen*, Neuwied u. Berlin, 1970, sp. pp. 7-8; 15-17 (Hobbes e Coke); 18-19, 24-25, 29-31, 55-56 (Hobbes e Hale). A p. 57 l'autore accusa sostanzialmente Hobbes di non comprendere il diritto. In appendice, alle pp. 63-85 è tradotto il manoscritto di Hale di cui sopra.

il loro riconoscimento mediante incorporation by prescription, dovrebbero allora trovare uno sbocco nei systemata privati, regolari ma privati, però l'unico tipo di essi che Hobbes analizza esplicitamente è dato dalla famiglia <sup>(80)</sup>. È chiaro invece che egli appare qui del tutto formalista: l'ente di fatto non si vedrà riconosciuta la personalità giuridica se non per opera di una « legittima autorizzazione ad incorporarsi », contenuta in un atto scritto del Sovrano. La personalità giuridica non può quindi essere mai creata dal trascorrere del tempo. Nel non considerare applicabile, in questo caso, la sua interpretazione del fenomeno della consuetudine, Hobbes si dimostra comunque seguace sino alle estreme conseguenze della teoria della concessione, portato inevitabile della teoria della finzione. Se è vero che in Inghilterra il pensiero giuridico, influenzato dal diritto canonico, aveva accolto la teoria della finzione e della concessione, cercando però di adattare al sistema inglese delle fonti del diritto, Hobbes non sembra curarsi di raggiungere in alcun modo un compromesso fra la sua teoria e la composita realtà giuridica del suo paese, ma procede a sostenere

---

(80) Il punto è stato notato da P. KING, *The Ideology of Order*, cit., che però ne conclude esser la distinzione tra systemata regolari pubblici e privati irrilevante: essa si ridurrebbe al fatto che gli uni hanno bisogno dell'elemento formale, gli altri no (*op. cit.*, pp. 223-4). Su tutta la questione vedi *infra*. Sulla prescription come fonte della corporazione, cfr. SHEPPARD, *op. cit.*, p. 7: « That which hath been, and continued time out of mind, a good Corporation; and hath had all the Incidents & Badges of a good Corporation, shall continue so, albeit they cannot shew any Charter for it: For this doubtlesse was by Charter at first, the which hath been since lost. But they that will have a Corporation by this Title, must have all the necessary Requisites to a good Corporation, in their Prescription ». L'esistenza di una patente reale o di uno *statute*, andati poi perduti, era una finzione imposta dal principio che fosse sempre necessaria l'autorizzazione del sovrano al costituirsi delle persone giuridiche: « in those by common law, and by prescription, it is implied; and in those by authority of parliament, and by charter, it is expressly given » (KYD, *The Law of Corporations*, I, cit., p. 41. Cfr. anche *Bl. Comm.*, I, cit., p. 460: « with us in England, the king's consent is absolutely necessary to the erection of any corporation, either impliedly or expressly given ». Il concetto di un consenso implicito del detentore della sovranità era però già apparso nella dottrina giuridica continentale: cfr. le fonti citate da Gierke, ossia la n. 76 di questo saggio. Sulle limitazioni che la finzione in questione subì in epoca elisabettiana, soprattutto per le corporazioni mercantili, cfr. CARR, *Introduction alle Select Charters ...*, etc., cit., p. xvii).

la teoria della concessione nel modo più estremo, ovvero raffigurandola come l'unica fonte legittima del corpo subordinato.

Se è vero infatti che secondo il suo concetto della sovranità, la differenza tra monarchia e repubblica (democratica o aristocratica) non è di sostanza, poiché non ci sono *due* sovranità diverse, ma solo di forma nel soggetto che la esercita, nell'un caso un individuo nell'altro un'assemblea, è tuttavia impossibile ricondurre il « writ, or letters from the sovereign » *indifferentemente* all'unus homo o all'unus coetus, poiché *storicamente* l'uno e l'altro creavano le corporazioni con due strumenti giuridici del tutto diversi, che non si potevano in alcun modo porre sullo stesso piano: la concessione regia, contenuta nella *charter of incorporation* data nella forma di *litterae patentes* e la legge del parlamento, lo *statute* emanato dall'assemblea assieme al re. Fin dai tempi di Edoardo III si era affermata la superiorità di principio della legge parlamentare sulla concessione regia: la prima, oltre a creare una corporazione poteva integrare le manchevolezze della seconda, che si ritenne poi nulla se avesse violato le norme di uno *statute*. Successivamente, la nullità si invocò anche nel caso di violazione di di principî del common law <sup>(81)</sup>. Ma Hobbes non segue affatto la tendenza dominante tra i giuristi all'insegna del principio « the king cannot by his charter alter the law » <sup>(82)</sup>, ed anzi non può riconoscere all'atto di un parlamento (che non sia l'unico ed effettivo sovrano) nessuna preminenza nei confronti di una concessione regia di incorporazione <sup>(83)</sup>. Se ne dovrebbe concludere che egli adotta nella sua teoria la forma giuridica rappresentata storicamente dal breve del monarca, elevandola a *tipo*, anche per una sovranità che si attui in un parlamento. Ma sembra difficile che uno strumento giuridico così preciso ed individuato, nella sua

<sup>(81)</sup> Ho tratto tutti questi elementi da HD, III, pp. 476-477.

<sup>(82)</sup> 9 Co. Rep. 123 a, citato in HD, IX, p. 48 n. 2.

<sup>(83)</sup> Questo perché un parlamento che non sia l'unico ed esclusivo sovrano, svolge una funzione meramente consultiva nei confronti del sovrano che legiferi in esso: cfr. *A Dialogue*, cit., circa l'origine dello *statute*: « for all the laws of England have been made by the kings of England, consulting with the nobility and commons in parliament » (p. 75). La volontà del sovrano è sempre la medesima, dal punto di vista della sua intrinseca qualità e della sua forza vincolante, quale che sia il modo in cui si manifesti.

natura di atto del potere del re (*prerogative*), possa subire una simile generalizzazione, sì da valere anche per un'assemblea. Né poteva Hobbes accogliere nella sua tipologia lo *statute* come tale, così come lo concepivano i giuristi di common law, ossia come atto del re e del parlamento, perché ciò avrebbe significato per lui ammettere una *divisione* nel concetto della sovranità e quindi concepirla in modo contraddittorio. Se lo *statute* ricavasse invece la sua autorità da quella del re *in* parlamento, allora esprimerebbe la volontà del potere sovrano né di meno né di più delle *litterae patentes* <sup>(84)</sup>. Anche a costo di entrare in contraddizione con la sua teoria, che dovrebbe contemplare un atto di creazione della persona giuridica valido per tutte e due le forme di sovranità, Hobbes rifiuta uno strumento, come lo *statute*, assunto storicamente a simbolo di una sovranità che per lui è a mezzadria. È da supporre quindi che egli ritenga la sola concessione regia l'unica forma storica in grado di essere assunta a tipo dalla teoria. E del resto (v. *infra*) la maggior parte delle corporazioni nasceva a quest'epoca per opera di una royal charter.

Presupposti teorici e adesione alla realtà concorrono quindi nell'affermazione che *uno solo* è il modo di istituzione del *systema* regolare subordinato, ed è quello storicamente individuabile nell'atto di concessione da parte del re di prerogative e franchigie a gruppi di individui e città, che venivano con ciò incorporati. Oltre alla necessità di non poter ammettere un potere sovrano

---

<sup>(84)</sup> Sulla contrapposizione delle due famose formule, e sulla preminenza data da Hobbes a quella « King in Parliament », cfr. *A Dialogue*, cit., p. 97. Il punto di vista dei giuristi era indubbiamente più empirico, e si basava sulla consuetudine del Regno giusta la quale la legge era stata sempre fatta dal re con il suo parlamento, per cui, senza la partecipazione di quest'ultimo, la legge non esisteva e non poteva in nessun caso esser sostituita da un'ordinanza regia. Ciò è detto con estrema chiarezza da Sir M. Hale, nel manoscritto citato, in cui ribadisce che « sebbene il potere legislativo sia nel re » (e quindi non nel parlamento) per cui solo il re può fare « leggi che obblighino i sudditi di questo regno », tuttavia « there is a Certaine Solemnie and Qualification of that Power » che consiste proprio nello « advice and assent of the 2 houses of Parlemt, without which no Law can be made. And therefore Proclamations cannot make a law » (*op. cit.*, in HD, V, cit., p. 508). Quindi: le due camere *non* possiedono come tali il potere di legiferare, ma senza il loro « consiglio e consenso » è come se quel potere fosse nullo poiché non si può esercitare.

diviso o in condominio, un'altra esigenza può aver contribuito a spingere Hobbes verso l'adozione di quest'unica fonte della persona giuridica come fonte tipica: la necessità di stabilire in modo molto netto e preciso i limiti nei quali deve incorrere il rappresentante della persona, limiti *impliciti* nel concetto stesso di una rappresentanza in un corpo subordinato, che non possono però esser ricavati implicitamente dalla consuetudine o dal common law. Infatti, se un « potere illimitato è la sovranità assoluta » e chi detiene il potere sovrano è il « rappresentante assoluto di tutti i soggetti »<sup>(85)</sup>, ciò significa che non ci possono essere nella repubblica altri rappresentanti accanto ad esso, ovvero nessuno potrà rappresentare « nessuna parte dei soggetti, se non nella misura in cui il sovrano glielo concederà »<sup>(86)</sup>. I corpi subordinati hanno quindi dei rappresentanti che possiamo definire relativi e se il sovrano attribuisse loro un potere assoluto come il suo, tale attribuzione dovrebbe ritenersi nulla perché frutto di errore nella dichiarazione di volontà: essa sarebbe infatti incompatibile con l'esistenza stessa della sovranità ed esiziale per le sue conseguenze in ordine all'unità e alla sopravvivenza dello Stato<sup>(87)</sup>. Il limite ai poteri del rappresentante della persona, se ha la sua giustificazione logica nel concetto stesso della sovranità, deve però risultare, per essere efficace giuridicamente, dalla volontà del sovrano e solo da essa, essendo evidentemente del tutto ininfluente gli eventuali accordi dei rappresentati con il rappresentante, nella fase in cui la persona giuridica è ancora una mera organizzazione di fatto. E questa volontà deve a sua volta risultare da segni manifesti, sensibili, appartenenti al diritto positivo, e questi segni sono in realtà « due cose » tra loro strettamente connesse: « l'autorizzazione » (authority) espressa del sovrano in un atto giuridico formale, e le « leggi ordinarie » (ordinary laws, common to all subjects).

<sup>(85)</sup> *Lev.*, cap. XXIII, p. 146.

<sup>(86)</sup> *Op. cit.*, p. 147.

<sup>(87)</sup> *Op. cit.*, *ivi* e p. 148. In realtà il rappresentante del corpo subordinato, precisa Hobbes, sarebbe il nuovo sovrano, e si uscirebbe fuori della trattazione delle persone giuridiche subordinate: ma questo per l'appunto quando la concessione non è viziata da errore (« if it be avowed by him [il sovrano], then is the representer sovereign », *op. cit.*, *ivi*).

E qui viene messa in rilievo un'altra differenza essenziale tra lo Stato e la persona giuridica, tanto più necessaria in quanto entrambi sono dei *systemata*. Per la nascita dello Stato « non c'è bisogno di alcun documento scritto », dal momento che i poteri del rappresentante sovrano non hanno altro limite che « le leggi non scritte della natura »; ma per i corpi subordinati un documento scritto è necessario, poiché occorrono « tante e disparate limitazioni in relazione alle loro attività, tempi, luoghi, che non potrebbero esser ricordati senza delle lettere patenti »<sup>(88)</sup>. Le lettere patenti sono quindi la forma migliore di creazione della personalità perché consentono di fissare in un *documento scritto* i limiti della stessa. L'argomento teorico, la limitazione dei poteri dell'ente come logica conseguenza della sua dipendenza dalla sovranità statale, si sposa qui a quello funzionale, sull'efficacia dei royal charters in ordine alla fissazione e conservazione di questi limiti nella memoria *degli* atti pubblici. Le lettere della concessione sovrana devono essere quindi « patenti, sì che possano esser lette ai membri del corpo subordinato e poi sanzionate con il sigillo sovrano o mostrate come prova, con i loro sigilli o altri segni permanenti dell'autorità sovrana »<sup>(89)</sup>. L'efficacia decisiva che Hobbes sembra indubbiamente attribuire al documento scritto ai fini della delimitazione dei poteri dell'ente subordinato, è un ulteriore elemento per comprendere la sua esclusione del common law e della consuetudine dalle fonti della persona giuridica, dato che, rispetto alle *litterae patentis*, appaiono come *ius incertum*.

---

<sup>(88)</sup> *Op. cit.*, p. 147. Altra differenza essenziale tra il *systema* subordinato e lo Stato, è che ci si può opporre alle decisioni dell'organo della persona subordinata, cosa che a volte non solo è « lawful but expedient »; mentre è illegittima una simile opposizione ad un'assemblea sovrana, poiché equivale a « negarne la sovranità » (ivi, p. 149).

<sup>(89)</sup> *Op. cit.*, p. 147. Su *charters* e *letters patent*, come atti amministrativi in epoca medievale formalmente diversi: Maitland, *Introduction to Memorando de Parlamento*, in *Selected Eessays*, cit., pp. 13-72, p. 18 e HD, II, p. 182 e n. 1 della stessa. Nelle formule di incorporazione riportate da Sheppard, *op. cit.*, sembra di trovarsi di fronte ad una endiadi: « by Charter, or Letters Patents of the Kings », p. 8; pp. 38-39: « Charters or Letters Patents for Corporations in the general », p. 41. Cfr. anche quanto scrive Carr nella cit. *Introduction alle Select Charters*, cit., p. XI n. 1.

Ma nonostante la solennità di quest'atto pubblico e la sua possibile precisione, l'atto può non riuscire, nota Hobbes, a contenere tutto ciò che è necessario, poiché è difficile dire tutto per iscritto. Allora, nel caso di lacuna, di « silenzio delle stesse lettere » sono le « leggi ordinarie » che devono intervenire <sup>(90)</sup>. Ma cosa intende esattamente Hobbes con « ordinary laws, common to all subjects? » A prima vista egli sembra enunciare un principio generale accolto nel diritto del tempo e già affermatosi del resto anche ad opera della dottrina canonistico-civilistica della corporazione, riguardante la subordinazione del potere regolamentare dell'ente alla legge dello Stato <sup>(91)</sup>. Così nei formulari di Shepard troviamo che in base all'atto di incorporazione, i rappresentanti della persona giuridica godono di un potere normativo, che non può però essere esercitato in modo « repugnant to he Laws in force » o « to the Lawes of the Nation », che però vincolano sia l'autorità che concede le franchigie che la persona che le esercita <sup>(92)</sup>. Ma il punto di vista di Hobbes è sempre in armonia con il suo concetto di sovranità una, indivisibile e assoluta e quindi diverso, nella sostanza, dal pensiero dei giuristi: è la medesima *discordanza* che si è sopra vista a proposito del rapporto tra *writ of incorporation* da un lato e diritto comune e *statute* dall'altro e che ora si precisa ancor meglio in ordine alla delimitazione dei poteri dell'ente subordinato.

---

<sup>(90)</sup> *Lev.*, cit., p. 147.

<sup>(91)</sup> Nella *europäische Spruchpraxis* dell'epoca moderna e sicuramente sino alla metà del XVII secolo, uno dei problemi essenziali in ordine al diritto delle corporazioni, era ormai rappresentato — nota Gierke — dalla esatta delimitazione del rapporto delle stesse con lo Stato. Di contro alle autonomie che la « vecchia teoria » pur riconosceva ai corpi subordinati, si afferma una tendenza sempre più netta alla sottomissione allo Stato: cfr. D.G., IV, pp. 143-152.

<sup>(92)</sup> SHEPPARD, *op. cit.*, p. 25, 31; e sul rispetto della legge da parte del Sovrano: p. 8, 68, 73 (« ... For the Lord Protector cannot by Law Restrain the alienation of their Land, which is an incident inseparable to the Corporation, from the very first Creation of it »); p. 78 (« So clauses of Charters that restraine a man from that liberty which the Law gives him, or that give a man power to do that which the Law forbids him », sono nulle). I limiti imposti in base al common law ai poteri del Lord Protector sono gli stessi già affermati dai giuristi nei confronti del potere del re.

I giuristi perseguivano un duplice obiettivo, combattere sia l'assolutismo regio che i privilegi e l'eccessiva autonomia delle corporazioni, soprattutto nel campo delle compagnie commerciali. Essi pongono un duplice limite ai poteri della corona, poiché si ritiene che essa, se nell'attribuire i poteri alla corporazione non può violare norme di uno *statute* né principî di common law, non può tuttavia alterare a suo piacimento nemmeno le prerogative concesse alla corporazione che, una volta istituite, costituiscono un limite invalicabile in diritto alle pretese del re <sup>(93)</sup>. All'epoca di Hobbes si era già affermata la dottrina secondo la quale alla persona giuridica spettavano una serie di poteri, inerenti allo *scopo* dell'ente, che non abbisognavano di dichiarazione espressa nella concessione e quindi si dovevano *tacitamente* ammettere <sup>(94)</sup>. Ciò rendeva più difficile lo stabilire dei limiti precisi al loro esercizio, limiti che dovevano risultare naturalmente dal common law e che solo in una certa misura potevano esser stabiliti dall'autorità sovrana. Infatti, le corporazioni erano a quest'epoca create per la gran parte dal decreto del re e non si ammetteva (come si è detto) che esso potesse violare il common law e quindi che potesse « limitare i poteri inerenti per natura (*naturally incident*) ad una corporazione », ovvero in essa tacitamente ammessi secondo il common law. Però si ammetteva che la corona, poiché nell'atto di concessione doveva esser definito lo scopo dell'ente, fosse legittimata a stabilire tale scopo e quindi per questa via venisse a circoscrivere indirettamente i poteri delle corporazioni, poiché gli atti compiuti al di fuori degli scopi istituzionali dovevano considerarsi nulli <sup>(95)</sup>. Anzi il concetto che i poteri di una persona giuridica siano intrinsecamente limitati dallo scopo, sarebbe stato affermato anteriormente, secondo Holdsworth, al principio dell'appartenenza tacita all'ente dei poteri ad esso connaturati in relazione allo scopo <sup>(96)</sup>. Perciò, se una corporazione ha una capacità negoziale generale in ordine a beni mobili e immobili « like a natural man », che non può essere in alcun modo inficiata da una

---

<sup>(93)</sup> HD, IX, p. 48. Cfr. inoltre la nota precedente di questo saggio.

<sup>(94)</sup> HD, IX, p. 55.

<sup>(95)</sup> HD, IX, pp. 48-49, per tutto questo sviluppo. La citazione è a p. 49.

<sup>(96)</sup> HD, *ivi*, p. 59.

concessione regia, « tuttavia il fatto di esser stata creata per certi scopi, limiterà i poteri e le capacità di cui gode in generale con l'evitarle (per implicita nullità) gli atti che non siano stati posti in essere per la realizzazione di questi scopi » (97).

Tuttavia questo principio non si affermò con la stessa forza di quello ad esso connesso, contenente l'attribuzione *tacita* alla persona giuridica dei poteri che una qualsiasi persona naturale avrebbe avuto per perseguire il proprio legittimo fine. Per cui nella pratica, già all'epoca di Hobbes, le corporazioni, soprattutto le compagnie commerciali incoraggiate dalla corona per l'organizzazione del commercio estero e la fondazione di colonie, godevano di amplissime autonomie, che le ponevano di fatto al di fuori del common law, e non solo dal punto di vista meramente processuale (98). A ciò si aggiunga l'autonomia tradizionalmente posseduta dalle vecchie corporazioni municipali, la cui personalità giuridica risultava spesso *by prescription*, rendendo così ancora più complessa la fissazione di una precisa competenza al loro potere regolamentare (99).

All'epoca in cui Hobbes scrive il *Leviathan*, la necessità di fissare nettamente i poteri delle persone giuridiche è quindi chiaramente sentita, dato che esse sembrano approfittare (ed abusare) largamente nella pratica della tradizione inglese di autogoverno. Non si tratta quindi di un problema creato solamente dalla impostazione assolutistica che Hobbes dà del rapporto tra lo Stato e i corpi subordinati, un problema scaturito dai presupposti della sua teoria, ma di una realtà storicamente operante che la teoria deve inquadrare, anche per via delle implicazioni politiche (rivoluzionarie) che quella realtà ha mostrato di possedere. Il punto di vista di Hobbes è però, come si è più volte detto, diverso da quello dei giuristi, con il quale sembra condividere solo l'esigenza generale di limitare i poteri delle corporazioni. I problemi che emergono nel rapporto tra potere regolamentare della corporazione e common law, concernono, come si è visto, sia l'illegittimità che le lacune dell'atto di fondazione dell'ente. L'illegittimità è poi da

(97) *Op. cit.*, ivi, pp. 59-60.

(98) HD, VIII, pp. 215-6; IX, p. 49, 55.

(99) HD, IX, p. 60.

intendersi in duplice senso: delle *norme* contenute nella concessione e delle *attività* (ultra vires) eventualmente poste in essere dagli organi della persona. Per quanto riguarda il *silenzio* delle lettere patenti su determinate materie, si è visto che esso non è determinante, in quanto fa venire in essere, sulla base del common law, una presunzione di legittimità per le attività che, pur non richiamate, siano da ritenersi conformi allo scopo sociale <sup>(100)</sup>.

---

(100) Secondo Coke, che si appoggia notoriamente all'autorità dei giudici (e quindi del common law), « divers clauses » possono essere omesse dall'atto di incorporazione quando la corporazione sia stata « duly created », perché si riferirebbero a « incidents » della stessa che devono esser tacitamente ammessi. Egli ne elenca *dieci* (10 Co. Rep. 30 b - 31 b, cit., in E.R., cit., pp. 970-971), che la dottrina successiva sintetizza in *cinque poteri* « inseparably incident to every corporation, at least to every corporation aggregate » (*Bl. Comm.*, I, cit., p. 464). I cinque poteri sono, come è noto, « 1. To have perpetual succession ... 2. To sue and be sued, implead or be impleaded, grant or receive, by it's corporate name, and do all other acts as natural persons may; 3. To purchase lands, and hold them ... 4. To have a common seal ... 5. To make by-laws or private statutes for the better government of the corporation »; che sono vincolanti a meno che non siano « contrary to the laws of the land, and then they are void » (*Bl. Comm.*, I, cit., p. 463). La classificazione di Coke è in sostanza ripetuta da SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 41-42 e 53 ss., mentre in Kyd troviamo un tentativo di ulteriore sintesi. Infatti egli scrive che, a ben vedere, sebbene il common law ammetta che « many things be *incident* to a corporation », per avere la « nozione completa di una corporation aggregate », basta concepire le seguenti tre *capacità*: « 1. To have perpetual succession under a *special* denomination, and under an *artificial* form. 2. To take and grant property, to contract obligations, and to sue and be sued by its corporate name, in the same manner as an individual. 3. To receive grants of privileges and immunities, and to enjoy them in *common* » (KYD, *The Law of Corporations*, cit., I, p. 70). Come si vede queste *capacities* concernono la *natura* dell'ente come soggetto giuridico indipendente dalle persone che lo costituiscono, ché con la *perpetual succession* si intende per l'appunto la capacità che esso ha di nominare nuove persone naturali (fisiche) in luogo di quelle che vengono meno, senza quindi venir meno esso stesso, ma anzi mantenendosi con ciò nella sua unità, di ente che è nonostante lo sparire dei suoi membri o delle sue parti (*Bl. Comm.*, I, cit., pp. 456, 463; KYD, *op. cit.*, I, pp. 2-3; HD, III, p. 471). Esse concernono inoltre la sua *attività* come soggetto di diritto privato, dotato di piena capacità negoziale e processuale ed infine i privilegi e le immunità, ossia la capacità di godere, come soggetto giuridico unitario e indipendente, quei particolari vantaggi che in genere giustificavano l'esistenza stessa della corporazione (soprattutto mercantile). Come si vede, in sostanza quasi tutta l'attività di diritto privato della persona giuridica (contratti, obbligazioni) e la sua capacità proces-

Perché Hobbes prende invece in considerazione esclusivamente il caso di *lacuna* nelle lettere patenti? Il fatto è che egli sembra preoccuparsi *solo* delle restrizioni al potere delle corporazioni e non certo *al* potere che le istituisce: solo quando vi è lacuna nel charter si applica la legge ordinaria, come se non potesse darsi il caso di un conflitto tra la norma regolamentare e una norma di legge, destinata ad imporsi. Il fatto è che, da quanto visto finora, non si può dire, dal punto di vista di Hobbes, che le lettere patenti siano una fonte di diritto *inferiore* alla legge ordinaria. È vero che solo quest'ultima è comune a tutti i cittadini e tutti le sono soggetti, compresi i membri di una corporazione, ma è pur vero che sia le lettere che questa legge sono una manifestazione del potere sovrano e come tali da considerarsi sullo stesso piano. Del resto l'unico caso in cui Hobbes sembra ammettere che la concessione sovrana della personalità sia da considerarsi nulla, riguarda l'ipotesi già menzionata in cui si dia ai rappresentanti della corporazione un potere *uguale* a quello del sovrano: ma ciò non potrebbe essere fatto, aggiunge Hobbes, se non in un documento in cui il sovrano dichiara apertamente e semplicemente « di liberare i sudditi dalla loro condizione di sudditi ». Se non c'è una chiara e precisa dichiarazione in questo senso, il contenuto del documento deve allora ritenersi inficiato da errore, contraddittorio e sostanzialmente nullo <sup>(101)</sup>. Ma non può parlarsi qui di nullità come conseguenza di una incompatibilità con un principio racchiuso nella legge ordinaria, poiché il principio in gioco è *quello stesso* della sovranità, che costituisce

---

suale, non abbisognavano di menzione espressa nell'atto di fondazione. (Tutto questo sviluppo dottrinale, da Coke a Kyd, è criticato, proprio per la sua continuità, che dimostrerebbe un sostanziale appiattimento degli elementi di novità, rappresentati soprattutto dalle *chartered companies*, da S. WILLISTON, *The History of the Law of Business Corporations before 1800*, in *Sel. Essays*, cit., III, pp. 195-235, sp. pp. 207-209. Ulteriori spunti critici, soprattutto al modo in cui Blackstone ha reinterpretato Coke su alcuni punti, si trovano in: P. T. CAMDEN, *Limitations of the Powers of Common Law Corporations*, L.Q.R., XXVI, 1910, pp. 320-330, sp. pp. 323-327. L'autore analizza i limiti che secondo il common law e secondo le lettere patenti, possono esser posti all'autonomia delle corporazioni di diritto comune, anteriori cioè al moderno regime di *statutory corporations*).

<sup>(101)</sup> *Lev.*, cap. XXII, cit., p. 147 e 148 (cfr. n. 87 di questo saggio).

lo Stato ed è ad esso logicamente anteriore: tale principio non risulta da nessuna legge positiva e non tollera contraddizioni.

Da tutto quanto detto, sembra evidente allora che con « ordinary laws » e « law of the Commonwealth », che integrano le eventuali lacune contenute nella normativa delle charters, Hobbes non intende né il common law né gli statutes, non intende cioè una forma giuridica in via di consolidamento e storicamente già dominante nell'Inghilterra del tempo. Il diritto ordinario non è quindi il « diritto della terra » cioè la forma giuridica storicamente vigente nel proprio paese, le cui fonti principali per l'Inghilterra sono il re, il parlamento, i giudici, la consuetudine e le fonti in esse richiamate; è invece un diritto per così dire *de iure condendo*: il diritto di emanazione sovrana dello Stato hobbesiano, quel diritto che egli, nel capitolo XXVI del *Leviathan*, chiama « civil law » <sup>(102)</sup>. In questo capitolo, Hobbes espone il concetto delle *leôgi* e del diritto « civili », ovvero di quelle leggi che gli uomini devono osservare non perché siano « membri » di questo o quello Stato in particolare, ma di uno Stato in generale » <sup>(103)</sup>. Perciò il termine « civil law », precisa Hobbes, va inteso in senso diverso da quello corrente in Inghilterra dove indica il « diritto romano » giustiniano, recepito o meno nel diritto vigente: il « diritto civile » è invece il diritto di ogni *civitas* o Stato in quanto sia un comando del sovrano rivolto al suddito « con parole, scritti o altro

---

<sup>(102)</sup> Sulla caratteristica pluralità di fonti del sistema giuridico inglese del tempo, ricordo le più note enumerazioni delle stesse, vigenti ed abrogate, date da Coke e dal *Doctor and Student*. In Co. Litt. 11 b abbiamo: 1. Lex Coronae, 2. Lex et consuetudo Parlamenti, 3. Lex Naturae, 4. Communis Lex Angliae, 5. Statute Law, 6. Customs reasonable, 7. Ius belli, 8. Ecclesiastical Law, 9. Civil Law in certain cases, 10. Forest Law, 11. The law of marque or reprisals, 12. Lex mercatoria, 13. The laws of the Channel Islands, 14. The laws of the Stannaries, 15. The Laws of the Marches (abrog.). Nel *Doctor and Student*: 1. The law of Reason, 2. The law of God, 3. General customs of the realm, 4. Maxims, 5. Particular customs, 6. Statutes; oppure: a) common law, b) the law administered in the Admiral's court, c) the law administered in the spiritual court (citazioni tratte integralmente da HD, IV, p. 272 n. 5). Per l'espressione *ordinary law*, usata ancora dallo stesso Holdsworth, cfr. p.e. HD, II, p. 199: « the feudal law is not the ordinary law of the land » e ID., IV, p. 287 n. 3: « ... tribunals distinct from those which administer the ordinary law ».

<sup>(103)</sup> *Lev.*, cap. XXVI, cit., p. 172.

segno sufficiente della volontà»; e il comando contiene ed esprime le « regole » sufficienti al suddito per distinguere « il giusto dall'ingiusto » ovvero per discernere « ciò che è contrario alla norma da ciò che non lo è » (104). Il sovrano, sia esso « one man ... or an assembly of men », è poi l'unico legislatore e non è vincolato alle leggi che egli stesso ha creato: se fosse vincolato non potrebbe abrogarle, o meglio: il fatto che possa fare una nuova legge al posto della precedente dimostra che « he was free before », che è sempre stato libero di mutare la legge, e quindi che la legge è solo uno strumento per raggiungere i suoi scopi (105). Da tutto ciò si

---

(104) *Lev.*, cit., pp. 172-173. Va comunque notato che il *civil law* hobbesiano è descrittivamente « diritto civile » proprio nel senso del famoso passo di Gaio, come diritto della *civitas* o Commonwealth in quanto tale, creato dal suo interno, quale che sia la sua forma: « quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis » (*Inst.*, I, 1; cfr. anche *Lev.*, cap. XVIII, p. 117).

(105) *Lev.*, cit., p. 173. In questo senso va dunque intesa l'affermazione che il Sovrano « is not subject to the civil laws » (*op. cit.*, ivi): nel senso che il sovrano è libero *non* di violare la legge istituita ma di abrogarla con un'altra. Il Sovrano non sarebbe allora un tiranno, perché costretto a rispettare la sua stessa legge, fintantoché vigente. Il potere di sostituire una legge ad un'altra implica che chi lo detiene è più forte della legge (e quindi non è « soggetto » ad essa), anche se non può comportarsi come se non esistesse la legge da esso stesso posta. In tal senso si spiega allora l'affermazione di Hobbes, che la sovranità è sempre « indivisibile », ossia è sempre la stessa (cioè un potere assoluto), quale che sia la forma di Stato in cui si attua (*Lev.*, cap. XIX, p. 121): un parlamento democratico ha lo stesso potere sovrano di porre e mutare le leggi, posseduto da un monarca di diritto divino o da un'aristocrazia al governo. È interessante ricordare come, anche per i giuristi, il potere del parlamento, in quanto potere sovrano, fosse inteso come un potere in sé assoluto. Blackstone, richiamandosi a Coke afferma che esso è così « trascendente ed assoluto » che ha una « autorità sovrana ed incontrollabile » in ordine alle leggi ossia « in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations » (*Bl. Comm.*, I, p. 156). Contro i suoi abusi, non c'è rimedio, poiché esso è anche la corte di giustizia più alta (*op. cit.*, p. 157). Blackstone quindi respinge espressamente la teoria di Locke secondo la quale il popolo può in certe circostanze legittimamente ribellarsi, perché un potere di rivolta riconosciuto al popolo, comporterebbe la « dissoluzione » *legittima* della forma di governo vigente, il che è assurdo, e farebbe decadere tutte le « leggi positive » create dal potere sovrano. Perciò, « so long therefore as the English constitution lasts, we may venture to affirm, that the power of parliament is absolute and without control » (*op. cit.*, ivi).

deduce che le manifestazioni di volontà del sovrano che non siano consigli ma comandi ai sudditi, dimostrano una medesima *qualità*, per via della fonte da cui promanano. Nello Stato veramente sovrano non possono esserci *due* o più legislatori, per esempio il re e il parlamento o il re, il parlamento e i giudici, in modo che il comando del sovrano contenuto nelle lettere patenti entri in conflitto con quello contenuto nella legge parlamentare (le cui fonti sono il re assieme al parlamento) o con la norma espressa dai tribunali di common law. Il sovrano deve invece essere uno solo e una sola la sua volontà. L'ordinary law, il diritto dello Stato che integra le lacune, in ordine alle prerogative dei systemata subordinata e regularia, non è quindi un diritto che emani da una fonte superiore a quella delle lettere patenti: la fonte è sempre la stessa, è il Sovrano, i cui comandi, quale che sia il modo in cui vengono espressi, costituiscono sempre il « diritto civile ». Le lettere patenti e la legge ordinaria sono quindi due fonti di « civil law » in cui la possibilità di conflitto è esclusa a priori, perché se la volontà sovrana innovasse nelle lettere patenti ad una norma della legge ordinaria ciò significherebbe che questo è proprio ciò che vuole il nuovo comando sovrano, e quindi se ne dovrebbe dedurre che il nuovo comando, ancorché rivolto solo *ad una parte* dei sudditi, quelli incorporati in un systema, deve prevalere. Non si tratterebbe di violazione della legge ordinaria ma di abrogazione delle sue norme. È quindi logico che l'assolutista Hobbes ammetta *solo* nel caso di *lacuna* una surroga delle leggi ordinarie nei confronti delle lettere patenti, ma senza che tale integrazione possa concepirsi chiaramente come ricorso ad una fonte di diritto *superiore*: le lettere patenti hanno forza di legge allo stesso modo delle leggi ordinarie, poiché in entrambe parla sempre il medesimo potere sovrano, e la differenza tra la norma generale e astratta e la manifestazione unilaterale di volontà del detentore del potere, non è qualitativa ma *quantitativa*, poiché concerne per così dire la semplice *estensione* della normativa, che solo nel caso della legge ordinaria è « comune a tutti i soggetti ». Dunque, il rapporto tra persona giuridica e Stato è un rapporto che deve esser basato sulla volontà del potere sovrano, che deve sottoporre il potere dei systemata subordinati a precise limita-

zioni giuridiche, senza però che si instauri una gerarchia delle fonti, estranea allo spirito del sistema hobbesiano.

Naturalmente, si può accusare Hobbes di aver elaborato un sistema astratto, che non tiene conto della complessa realtà del diritto inglese del tempo e che è stato in ogni caso smentito dallo sviluppo storico successivo. Ma lo Stato progettato da Hobbes vuole essere un modello de jure condendo e quindi accampa nello stesso tempo la pretesa di svelare l'artificio politico, di chiarire cioè il significato delle istituzioni vigenti, in modo diverso da come sembra all'opinione comune, schiava di interessi e pregiudizi. Così, se il legislatore sovrano manifesta la sua volontà anche con il silenzio, come nel caso della consuetudine, quest'ultima, come si è visto, ricaverà la sua legittimità (al contrario di quanto comunemente si pensa) non dalla praescriptio né dall'opinione, ma unicamente da quel silenzio che la lascia sussistere. Quanto al parlamento, composto di individui privati, se ha il potere di accertare la legittimità del common law (come sostengono i giuristi) ma senza godere, secondo Hobbes, di un vero potere sovrano, che è invece in chi lo convoca e lo scioglie e quindi lo controlla, cioè nel re, è un controllore controllato e allora il « controller of laws » non è il parlamento ma il rex *in* parlamento (e non invece re e parlamento) <sup>(106)</sup>. La realtà è che una effettiva pluralità di fonti per Hobbes non esiste in nessun Stato perché, al di fuori delle apparenze, « tutte le leggi, scritte e non scritte, ricavano la loro autorità e la loro forza dalla volontà dello Stato, ossia dalla volontà del rappresentante, che in una monarchia è il re e in altri tipi di Stato l'assemblea sovrana » <sup>(107)</sup>. E questa volontà opera in modo diretto ed indiretto, con le parole, gli atti ed il silenzio, sempre presente ancorché non dichiarata. E soprattutto in un sistema misto, addirittura tendente alla diarchia, come quello inglese del tempo, bisogna ricercare, al di là dell'apparenza, una sola, vera volontà sovrana, che per Hobbes è quella del re. Perciò il common law applicato dai giudici, nello spirito del sistema hobbesiano, sarà da considerarsi fonte di civil law, se così avrà vo-

<sup>(106)</sup> *Lev.*, cap. XXVI, cit., p. 175.

<sup>(107)</sup> *Op. cit.*, ivi. Il re convoca e scioglie il parlamento, non il parlamento il re. Se lo fa, è la rivoluzione, si torna alla legge della spada.

luto il sovrano titolare del potere, mediante dichiarazione espressa di volontà o con il silenzio, ossia tollerandone l'esistenza come per la consuetudine <sup>(108)</sup>.

5. La dottrina hobbesiana sull'origine della persona giuridica dà l'impressione che i *systemata*, rigida incarnazione della teoria della finzione, non siano altro che un meccanismo posto in movimento dalle parole del Sovrano. Consideriamone ora l'elemento *personale*, vale a dire qual è secondo Hobbes il ruolo delle persone naturali nell'ambito di quella artificiale. Va subito detto che le persone fisiche sono presenti nel *systema* solo come entità astratte, nella casistica dei rapporti del rappresentante verso i terzi e verso i membri e di questi ultimi tra di loro. Hobbes non si cura dei requisiti, di origine medievale, che il diritto inglese richiedeva alle persone naturali per poter ottenere l'incorporazione, come p.e. essere *citizens* o *burgesses* o *free-men* o *tradesmen*, etc. <sup>(109)</sup>.

Rispetto alle suddivisioni delle persone giuridiche, ormai correnti al suo tempo. Hobbes mantiene una posizione a sé, poiché non ne adotta alcuna. L'unica che egli mostra di ritenere valida, e la cui origine « politica » non era sfuggita a Gierke (v. *supra*), si basa sul numero dei rappresentanti dell'ente: *unus homo* o *unus coetus*. Questa distinzione non si ritrova tra i giuristi e appare indubbiamente un'estensione delle categorie della rappresentanza politica al diritto; con il che Hobbes verosimilmente pensava di ottenere una classificazione generale e omnicomprensiva. Va comunque notato che, pur occupando una posizione a sé, Hobbes ha forse accolto a suo modo il concetto elaborato dalla giurisprudenza, a partire dal tardo Year Book, per cui la corporazione deve avere sempre un « capo » e un « corpo » (*Fineux*), come si evince dall'estesa e corrente definizione di essa presente nei *Termes de la Ley*, di Rastell, opera che ebbe numerose edizioni nella prima metà del Seicento: « Corporation is a permanent thing that

---

<sup>(108)</sup> Cfr. il parallelo tracciato tra le fonti elencate nelle *Istituzioni* di Giustiniano e quelle del diritto inglese, con l'equiparazione dei « giudici di common law » a semplici *juris consulti* (*Lev.*, cap. XXVI, cit., p. 185).

<sup>(109)</sup> Per questa casistica, cfr. SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 10-13 e specialmente KYD, *op. cit.*, pp. 320-324 e ss.

may have succession, and is an assembly and joyning together of many into one fellowship, brotherhood and mind, whereof one is head and chief, the rest are the body; and this head and body knit together make the corporation»<sup>(110)</sup>. Se Hobbes ha avuto presente questa definizione, se ne può forse sentire l'ombra quando scrive, come si è visto, che i *systemata* sono «any numbers of men joined in one interest, or business», ove l'interesse e l'intrapresa si sono sostituiti ai concetti ancora medievali della fratellanza e della consorteria. La distinzione (che non inficia l'unità) tra il capo e il corpo, verrebbe invece riproposta come distinzione tra rappresentante e rappresentati, con l'applicazione al rappresentante della problematica inerente alle forme di governo, per cui la valenza numerica del rappresentante viene ad esser assunta come elemento giuridicamente discriminante.

Le distinzioni vigenti nella dottrina del tempo muovevano comunque dalla dicotomia *di base*, *corporation sole* e *aggregate*; entrambe potevano poi essere *ecclesiastical* o *lay* e queste ultime *eleemosinary* o *civil*: ossia *colleges*, *ospedali* e simili da un lato; il *sovrano*, le *corporazioni municipali* e *mercantili* dall'altro<sup>(111)</sup>. Si è notato come le persone giuridiche «civili» venissero a comprendere sia le *corporazioni municipali*, in genere organi locali di governo, sia quelle *mercantili*: delle realtà giuridiche ed econo-

<sup>(110)</sup> Citazioni di Fineux e di Rastell tratte da H. LUBASZ, *art. cit.*, p. 242 n. 42 (spelling modernizzato).

<sup>(111)</sup> Queste distinzioni, inizialmente elaborate soprattutto da Coke, furono poi sviluppate e canonizzate da Blackstone e ulteriormente approfondite da Kyd. Al tempo di Hobbes, come si evince dal trattatello di Sheppard, era comunque chiara la differenza tra «*Ecclesiastical, or Spiritual*» e «*Civil or Temporal*», senza escludere forme miste (*op. cit.*, p. 2). Le persone giuridiche «civili» comprendevano, senza ulteriori suddivisioni, tutte le svariate *corporazioni non-ecclesiastiche*, da quelle dette poi *eleemosinary* (e che si avvicinano alle fondazioni), a quelle «civili» in senso stretto, che costituiscono tuttavia una vasta ed eterogenea categoria. In epoca immediatamente successiva a Hobbes, si trova la distinzione tra persone giuridiche «*constituted for public government*» e «*for private Charity*» (Holt C.J.), che sembra però un altro modo di rendere quella tra *civil* ed *eleemosinary*, dal momento che le prime sono sottoposte alle «*general and common laws of the realm*», mentre solo le seconde sono vincolate alla volontà di un fondatore o di uno statuto speciale (riferimento e citazione in CAR- DEN, *art. cit.*, p. 328).

miche molto diverse tra loro, soprattutto dal punto di vista del diritto moderno <sup>(112)</sup>. Ciò è spiegabile con il fatto che le antiche gilde tendevano ad esercitare poteri simili a quelli delle corporazioni municipali ed anzi a confondersi in un certo modo con esse <sup>(113)</sup>. Ma all'epoca in cui scrive Hobbes le corporazioni mercantili si stavano evolvendo da tempo in forme più complesse, sino alle relativamente recenti società commerciali o *compagnie* dotate di personalità giuridica e con il capitale sociale diviso in azioni: e le chartered companies, quali per esempio la famosa East India Company, non avevano certamente molto in comune con le persone giuridiche dell'autogoverno locale <sup>(114)</sup>. Naturalmente, il permanere di divisioni e categorie dottrinali che appiattivano realtà ormai così diverse tra loro, dipendeva anche dal fatto che il diritto inglese, ancora all'epoca di Hobbes, cioè almeno sino alla prima metà del Seicento, « aveva elaborato poche regole chiare sui poteri di queste società commerciali, fornite o meno di personalità giuridica (companies o partnership) e sulle relazioni dei loro membri tra di loro o verso i terzi » <sup>(115)</sup>.

Di fronte ad una realtà ove gli aspetti nuovi non si erano ancora consolidati nel diritto, Hobbes prende allora posizione nel seguente modo. In primo luogo, egli stabilisce in forma di casistica dei *principi generali* che devono valere in astratto per *qualunque tipo* di persona giuridica; successivamente considera l'*applicazione* di questi principi a quelle che costituiscono le due categorie principali di persone giuridiche *civili*, ossia gli organi di autogoverno e amministrazione (le corporazioni municipali) e le società commerciali, con particolare riguardo alle forme più re-

---

<sup>(112)</sup> Il punto è stato messo in rilievo da S. W. WILLISTON, *The History of the Law of Business Corporation before 1800*, cit., pp. 195-6; p. 198, che considera in modo del tutto critico ed insufficiente la categoria della « civil corporation ».

<sup>(113)</sup> Cfr. WILLISTON, *op. cit.*, p. 198, cit.: « the guilds exercised a power similar to that exercised by the municipal corporation, and, indeed, so late as the time of Henry VI. guildated and incorporated were synonymous terms ». Vedi anche CARR, *Early Forms of corporateness*, cit., pp. 176-179 nonché ID., *Introduction*, cit., p. XII.

<sup>(114)</sup> Cfr. WILLISTON, *op. cit.*, p. 199 ss.; HD, VIII, pp. 193-199; 199 ss.; CARR, *Introduction*, cit., pp. xvii-xx.

<sup>(115)</sup> HD, VIII, p. 192.

centi, ossia ai « bodies politic for foreign trade », le chartered companies, e alle corporazioni create per governare le colonie. Una posizione a parte occupa l'analisi dei « bodies politic for counsel to be given to the sovereign », ovvero della natura giuridica dei parlamenti dal punto di vista del diritto pubblico. Nell'ambito dei principi egli mostra, come si è già detto, di adottarne uno riconosciuto da tempo anche nel diritto inglese in ordine alle persone giuridiche: quello in base al quale la decisione della maggioranza vale per la totalità del collegio ed è quindi da considerarsi a tutti gli effetti decisione della persona <sup>(116)</sup>. Dubbia è invece la sua adozione, come vedremo, di un altro principio essenziale della personalità che cominciava a farsi strada, secondo il quale il patrimonio della corporazione va distinto da quello dei singoli, la cui responsabilità per le obbligazioni dell'ente verso i terzi è quindi limitata.

A. Muovendo dalla rigida distinzione della figura del rappresentante in individuo singolo o assemblea, si hanno diverse configurazioni dei relativi effetti giuridici. Il principio generale è evidentemente quello per cui gli atti legittimi dell'uno e dell'altra

---

<sup>(116)</sup> Sull'adozione del principio che la maggioranza vincola l'intero (cfr. n. 35 *supra*) vedi HD, IX e n. 4, che ricorda come lo *statute* 33 Henry VIII c. 27 lo avesse reso obbligatorio, quali che fossero le previsioni difformi degli statuti dei singoli enti. Questa norma si era resa necessaria per evitare alla Corona *qualisiasi* possibilità di opposizione contro i « surrenders of monastic property ». In tal senso è l'interpretazione di *Bl. Comm.*, I, p. 466, dal momento che il prevalere della maggioranza (« any majority ») per l'intero vigeva già come principio del common law. Sul suo affermarsi nella giurisprudenza del tardo Year Book, cfr. H. KE CHIN WANG, *art. cit.*, alla n. 11 di p. 79: Brian C. J. afferma che « where the majority is, there the whole is also » (Y.B. 21 Edw. IV, Mich. pl. 70). KYD, *op. cit.*, pp. 309-312, si sofferma dettagliatamente sulla legge di Enrico VIII, provocata dalla tendenza delle corporazioni ecclesiastiche a violare nei loro statuti il principio affermatosi nel diritto comune, stabilendo maggioranze qualificate o l'unanimità per determinati atti. La sfera di validità del principio è poi delineata da Kyd con estrema precisione: « questa norma deve intendersi come applicabile specificamente alla maggioranza di quelli che, secondo lo statuto, prendono parte alle deliberazioni dell'ente. Infatti, succede di frequente che il potere di deliberare (power of action) non appartenga alla corporazione in generale ma solo ad un corpo selezionato; e quindi l'atto della maggioranza di quel corpo vincola non solo l'intero corpo ma anche l'intera corporazione » (*op. cit.*, pp. 308-309. Sul punto cfr. anche YALE, *art. cit.*, p. 53 nn. 55 e 56).

hanno i loro *autori* in tutti i membri della corporazione. Ma il problema si pone per gli atti compiuti *al di fuori* del mandato, eccedendo i poteri concessi nelle lettere patenti: l'imputabilità di questi atti è diversa a seconda si tratti di un rappresentante singolo o di un organo collegiale. Se è un individuo, quel comportamento deve imputarsi ad esso e non alla persona giuridica: ma se è un'assemblea, l'atto è dell'assemblea e quindi della persona <sup>(117)</sup>. Nel primo caso è chiaro che il rappresentante che agisca a nome della persona ma oltrepassando i limiti posti nelle lettere patenti rappresenta allora solo se stesso, e nessun altro se non egli stesso può esser ritenuto autore di quegli atti. Va comunque considerato il ragionamento, condotto da Hobbes secondo categorie più politiche che giuridiche, in base al quale gli atti legittimi del rappresentante sono da considerarsi atti di tutti. I passaggi sono i seguenti: 1) ognuno è autore degli atti del sovrano poiché quest'ultimo rappresenta tutti senza limiti; 2) l'atto del rappresentante è l'atto di colui che è legittimato ad agire in base alle lettere del sovrano; perciò 3) è come se fosse atto del sovrano, di cui ciascuno deve esser considerato autore <sup>(118)</sup>. L'atto legittimo del rappresentante impegna dunque i membri della persona, non perché abbia avuto luogo in adempimento di un mandato ricevuto da loro e riconosciuto nelle lettere patenti, ma unicamente perché avviene in forza delle lettere patenti o della legge ordinaria. Il ragionamento di Hobbes mette in rilievo una connessione logico-formale: l'atto del rappresentante, risultando fondato sulla volontà manifestata dal sovrano, è come se fosse « atto del sovrano » e per questo vincola tutti. Lo schema attore-autore del rapporto di rappresentanza, sembra doversi quindi intendere nel seguente modo, per ciò che riguarda la persona giuridica: le persone naturali dei suoi membri sono autrici delle azioni del loro rappresentante non perché gli abbiano conferito un potere assoluto su di

---

<sup>(117)</sup> *Lev.*, cap. XXII, p. 147 e 148.

<sup>(118)</sup> *Op. cit.*, p. 147: « But what he does according to these [lettere patenti], is the act of every one: for of the act of the sovereign every one is author, because he is their representative unlimited; and the act of him that recedes not from the letters of the sovereign, is the act of the sovereign, and therefore every member of the body is the author of it ».

esse, cosa impossibile a farsi nello Stato già costituito, ma perché il potere di quello, grazie alle lettere patenti che lo istituiscono delimitandolo, *rappresenta* il potere dello Stato o per meglio dire *partecipa* del carattere sovrano di quel potere, del cui atto tutti devono riconoscersi autori. Quindi il rappresentante della persona giuridica sembra essere per traslato anche rappresentante *del* sovrano *nella* persona, ai cui membri trasmette la conseguenza giuridicamente necessaria di ogni atto sovrano, ossia l'incondizionata imputabilità a tutti.

Se invece il rappresentante è un organo collegiale cioè un'assemblea, l'atto ultra vires o addirittura illecito, deve esser considerato «atto dell'assemblea ovvero del corpo politico»: un atto che, come atto dell'assemblea, estende necessariamente i suoi effetti alla persona giuridica. È un atto di cui devono inoltre esserne considerati autori individualmente tutti coloro che lo hanno votato: «and the act of every one by whose vote the decree was made» (119). Se il voto è stato preso a maggioranza, l'atto è sempre dell'assemblea e perciò vincola la persona giuridica: «è atto dell'assemblea perché votato dalla maggioranza» (120). Il principio che la maggioranza vincola la totalità del collegio, stabilito come si è visto dal common law e dalla legge del parlamento, non può evidentemente non essere adottato anche dalla teoria giuridica di Hobbes. Sono però fatti salvi i diritti dei membri che si sono espressi con la minoranza o che erano assenti: la minoranza e gli assenti («se non hanno votato per procura») non possono in ogni caso esser considerati autori di una decisione illegittima (121). Il principio per cui l'atto ultra vires è imputabile al solo rappresentante deve evidentemente accordarsi qui con quello per cui il voto della maggioranza obbliga l'assemblea, estendendo i suoi effetti alla persona giuridica, od obbliga direttamente quest'ultima, se essa coincide con l'assemblea. Ad ogni modo, in

---

(119) *Op. cit.*, p. 148. Su questo punto cfr. l'interpretazione di Gierke già menzionata: D.G., IV, p. 359. Si veda anche il testo latino del *Leviathan*: «... At si persona systematis coetus sit, quicquid ... factum est totius systematis, et praeterea uniuscujusque eorum quorum suffragiis decretum fuerit» (O.L., cit., p. 172).

(120) *Lev.*, cap. XXII, p. 148.

(121) *Op. cit.*, ivi.

quanto l'atto è dell'assemblea, la persona da essa rappresentata deve esserne considerata autrice e, se esso configura una fattispecie di reato (*crime*), « l'assemblea è punibile nella misura massima in cui ne è capace, con la soppressione ovvero con la revoca delle lettere patenti (che è letale per siffatti corpi artificiali e fittizi), oppure, se possiede un fondo comune al quale non partecipino i membri non colpevoli, con una sanzione pecuniaria », dalla quale sono quindi esclusi i membri della minoranza. Le pene di cui è passibile l'assemblea che violi la legge sono dunque, a seconda della gravità della violazione: scioglimento della persona giuridica o ammenda, dalla quale sono però esclusi i membri della minoranza <sup>(122)</sup>. Sulla persona ficta ricade infatti la punizione inflitta all'assemblea; e nel caso di scioglimento si ha per i « corpi artificiali » una vera « pena capitale », poiché è l'unica assimilabile, dato il suo carattere radicale, ad una vera sanzione penale, anzi alla massima, « for from corporal penalties nature hath exempted all bodies politic » <sup>(123)</sup>. Lo scioglimento non può esser poi che

---

<sup>(122)</sup> *Op. cit.*, ivi: « the assembly may be punished, as far forth as it is capable, as by dissolution, or forfeiture of their letters (which is to such fictitious bodies, capital) or, if the assembly have a common stock, wherein none of the innocent members have propriety, by pecuniary mulct ». Si noti che la « confisca » delle lettere patenti non è in alternativa alla « dissolution » dell'ente ma uno dei modi in cui quest'ultima può aver legittimamente luogo.

<sup>(123)</sup> *Op. cit.*, ivi. Il testo latino è più conciso: « et siquidem criment sit, puniendus coetus est, quatenus poenae capax est: exempli causa, per dissolutionem systematis, quae quidem ejusmodi corporibus fictitiis capitalis est, vel, si modo aerarium commune habeat coetus, per mulctam pecuniariam » (O.L., cit., p. 173). Mentre nel testo latino si dice chiaramente « soppressione del sistema », in quello inglese, sembra che essa riguardi solo l'assemblea, cioè l'organo collegiale rappresentativo. La contraddizione è però apparente: in effetti è l'assemblea ad esser « punita » per il suo voto sconsiderato, e la punizione consiste proprio nella soppressione di tutto l'ente artificiale o nell'irrogazione della sanzione pecuniaria. L'immagine della dissoluzione dell'ente come un che di equivalente della pena di morte era tradizionale nella dottrina continentale: cfr. D.G., III, pp. 408-9 sul concetto di « mors civilis » dell'ente presso i legisti, e p. 496 per la citazione di Baldo sullo scioglimento della persona ficta: « poena criminalis quoad corpus intellectuale ». Anche *Bl. Comm.*, I, cit., p. 472 usa immagini simili: « which dissolution is the civil death of the corporation ». (La constatazione hobbesiana che la natura impedisce di punire corporalmente — con la prigione e la morte — i corpi artificiali, sembra avere un precedente in una constatazione della giurisprudenza dello *Year Book*, nel famoso *Abbot of Hulmes's*

quello conseguente alla « revoca (*forfeiture*) delle lettere patenti », misura con la quale si reagiva a gravi inadempienze od abusi da parte delle corporazioni. Hobbes non menziona le altre forme di « soppressione » del *systema* (estinzione delle persone fisiche, restituzione delle lettere patenti) e considera invece solo quella più autoritaria, espressione diretta del potere sovrano che interviene a distruggere ciò che ha creato, la *destructio per superiorum* della dottrina canonistica-civilistica. Nel far ciò, egli applica correttamente i principi del diritto positivo: infatti, oltre alla considerazione che per altre forme di estinzione, come nel caso di *surrender* della concessione, non c'era a quel tempo opinione concorde sul conseguimento dell'effettiva estinzione dell'ente, va detto che proprio nel caso di comportamento gravemente illegittimo si poteva avere la revoca della concessione da parte dell'autorità <sup>(124)</sup>. Quest'ultima è hobbesianamente il Sovrano legittimato dal patto sociale o comunque quel potere la cui volontà è comando per i sudditi; nella prassi giuridica del tempo, era ormai principio di *common law* che il monarca avesse il potere di revocare unilateralmente la concessione, principio attaccato solo da alcuni giuristi, che ne consideravano legittimo titolare il *solo* parlamento. Sheppard scrive infatti, ma citando Coke come opinione contraria: « Una corporazione può esser soppressa dal parlamento; e sembra non possa esserlo in altro modo » <sup>(125)</sup>.

---

*case*: « ... Furthermore, corporal punishment cannot be inflicted on such a body by the law » (Y.B., 21 Edw. IV, Mich. pl. 4, cit. in HE CHING WANG, *art. cit.*, p. 78 n. 20). Hobbes sostituisce la legge con la natura).

<sup>(124)</sup> Sui diversi modi di *dissolution* delle corporazioni, cfr. *Bl. Comm.*, I, pp. 472-3 e HD, III, pp. 489-490; II, pp. 397-8; IX, p. 62 ss., per lo sviluppo storico generale dell'istituto qui richiamato (p. 64, *op. cit.*, per il carattere incerto degli effetti del *surrender of charters* sino all'epoca della Rivoluzione del 1688). Nelle vicende delle compagnie analizzate da Carr, si nota come la revoca potesse esser provocata anche dalla semplice incapacità dell'ente a raggiungere gli scopi per i quali era stato creato: « By 1624, however ... it was announced that the company [istituita per lavori di oreficeria], having been found *j* unfit to be continued', had been dissolved » (*Introduction*, cit., p. LXXI).

<sup>(125)</sup> SHEPPARD, *op. cit.*, p. 129: « A Corporation may be dissolved by Parliament. And it seems it may not be dissolved otherwise. Yet see *Dyer* 100. *Coo. Inst. Part. I.* 13 ». Ma Sheppard scrive al tempo del Protettorato. In *Bl. Comm.*, I, cit., entrambe le forme sono elencate. Sul fondamento di *common law* del potere del re in questione: cfr. HD, IX, p. 65 cit. e n. 8.

Ci si potrebbe chiedere fino a che punto il principio secondo cui il voto di maggioranza impegna tutto il collegio, sia giustificabile alla luce della teoria hobbesiana della rappresentanza ovvero dello schema attore-autore e se non si tratti invece da parte di Hobbes della semplice recezione di un principio del diritto positivo, impostosi per la sua evidente praticità, che non necessita quindi di una circostanziata giustificazione teorica. Perché infatti il voto della maggioranza del collegio dovrebbe svolgere i suoi effetti nei confronti dell'intero systema, anche nel caso di atto illegittimo? Semplicemente perché è il voto della maggioranza: « it is the act of the assembly, because voted by the major part »<sup>(126)</sup>, e in quanto atto dell'organo collegiale ne deve esser riconosciuta autrice la persona artificiale come tale. Va comunque ricordato che nel cap. XVIII del *Leviathan*, dedicato ai « diritti dei sovrani per istituzione », Hobbes scrive che l'autorizzazione ricevuta dal sovrano mediante l'accordo dell'assemblea originaria, a far sì che i suoi atti, indirizzati alla pace e protezione di tutti, siano considerati atti di tutti, impegna a rispettarla « ognuno, sia chi ha votato a favore che chi ha votato contro ». Se Hobbes ha avuto come modello il principio maggioritario dell'organo collegiale della persona giuridica, bisogna dire che l'ha applicato alla lettera nel suo concetto dello Stato<sup>(127)</sup>. La distinzione di maggioranza e minoranza non può impedire dunque il formarsi di una persona unitaria, non incide nel contratto sociale, in cui si esprime per

<sup>(126)</sup> *Lev.*, cap. XXII, p. 148, cit.

<sup>(127)</sup> *Lev.*, cap. XVIII, *Of the Rights of Sovereigns by Institution*, p. 113. L'immagine era però tradizionale. Presso i giudici dello Year Book si trova l'affermazione dello stesso principio, invocato dalla sfera politica per corroborare le categorie giuridiche. Così nel caso di un convento che doveva onorare un'obbligazione, fatta contrarre dal Priore precedente esercitando violenza privata sui monaci; si afferma che « se il priore e la maggioranza contraggono volontariamente l'obbligazione », il successivo priore non può addurre come motivo di risoluzione il fatto che « la minoranza era stata [addirittura] imprigionata », per costringerla ad aderire. Questo dettaglio è irrilevante di fronte alla forza del principio maggioritario, che si deve imporre, come quando c'è il Parlamento: « And, sir, in Parliament if the majority of the Knights of the shire assent to making an Act, and the minority will not agree thereto, yet it shall be a good statute for all time; so in the other case ... » (Y.B., 15 Edw., IV, I, pl. 2, per Littleton J., cit. in POLLOCK, *Has the Common Law received ... etc.*, cit., p. 233).

così dire l'assemblea di tutta l'umanità; né può impedire il formarsi di una sola volontà direttiva nei *systemata subordinata*.

Che in relazione alle conseguenze dell'atto illegittimo o illecito, la distinzione *ci sia*, e si faccia sentire in ordine agli effetti giuridici individuali dell'atto, suona allora come *eccezione*, sia pur necessaria, al principio generale stabilito da Hobbes e per l'ambito politico e per quello giuridico. Ma forse il principio stesso non dovrebbe nemmeno applicarsi alla persona giuridica nel caso di azione illegittima perché, secondo i canoni della rappresentatività, la maggioranza dell'organo collegiale che agisce al di fuori delle lettere patenti, rappresenta *solo se stessa*: e allora l'atto dovrebbe essere atto della *sola* assemblea e non della persona, ed anzi della *sola* maggioranza. Poiché l'assemblea « non può rappresentare nessuno in situazioni non previste nelle lettere patenti » <sup>(128)</sup> e non può quindi farsi valere anche per la minoranza, il suo atto non dovrebbe nemmeno essere imputato alla persona giuridica, che invece ne è ugualmente considerata autrice. Se l'atto è dell'assemblea ma senza coinvolgere la minoranza, non dovrebbe poi esser considerato nemmeno dell'assemblea; infatti è come se si dicesse che l'atto è di *tutta* l'assemblea perché preso a maggioranza e nello stesso tempo *non lo è* perché, trattandosi di atto *ultra vires*, magari anche illecito, ne è giuridicamente responsabile *la sola* maggioranza, ovvero solo coloro che lo hanno posto in essere: il che sarebbe come dire, in definitiva, che l'atto è e *non è* dell'assemblea. Da un punto di vista meramente logico, il principio del prevalere della maggioranza e quello della rappresentanza, dovrebbero *escludersi* a vicenda nel caso di atto *ultra vires*: come potrebbero infatti applicarsi contemporaneamente se, per tale atto, non ci può essere a priori rappresentatività, poiché nessun membro del *systema* può esserne considerato autore, al di fuori di coloro che l'hanno votato, i quali non rappresentano qui che se stessi? Ma il principio della maggioranza si dimostra il più forte e certo non senza fondamento dal punto di vista pratico del diritto, per di più sanzionato da norme positive: e quindi anche per la teoria l'atto *ultra vires* di un collegio viene, grazie

---

(128) *Lev.*, cap. XXII, p. 148 cit.

a *quel* principio, considerato atto dell'ente. Il principio della rappresentanza si applica allora in modo che potremmo definire *negativo*: se non impedisce la validità per la corporazione di un atto che non può avere nei rappresentati gli autori, tuttavia impedisce che (grazie alla *fiction* della maggioranza) ne siano considerati autori anche quelli che non l'hanno votato (e tutti i rappresentati esclusi dal collegio). Si può dire quindi che si assista ad una parziale applicazione e ad una parziale disapplicazione dei due principi. Il problema di diritto positivo che, nel complesso rapporto di *maggioranza e rappresentanza*, la teoria giuridica di Hobbes si trova ad affrontare è allora soprattutto quello della *tutela della minoranza*, che sembra connesso a quello della ammissione o meno di una *capacità a delinquere* dell'ente artificiale come tale. Siffatta tutela, se appare senz'altro realizzabile sul piano penale, su quello strettamente patrimoniale sembra invece limitata al caso di ammenda o multa. Infatti, secondo il common law, quando una persona giuridica veniva soppressa, tutti i debiti e crediti si consideravano estinti: i membri di minoranza del collegio e la generalità dei rappresentati finivano quindi col subire nel loro patrimonio le conseguenze degli abusi che avevano provocato la soppressione dell'ente <sup>(129)</sup>.

B. Nel caso della sanzione pecuniaria, misura di carattere generale avverso ogni sorta di comportamento illegittimo, imponibile con ordinanza regia ad ogni tipo di persona giuridica, Hobbes precisa che essa può essere inflitta a due condizioni: se c'è un fondo comune dell'assemblea (e quindi non del *systema*), di cui per di più non partecipino i membri della minoranza <sup>(130)</sup>. Que-

---

<sup>(129)</sup> Cfr. *Bl. Comm.*, I, p. 472: « The debts of a corporation, either to or from it, are totally extinguished by it's dissolution; so that the members thereof cannot recover, or be charged with them, in their natural capacities »; HD, IX, p. 69; WILLISTON, *art. cit.*, pp. 233-4, che critica l'affermazione di Blackstone appena vista considerandola basata su scarsi precedenti: almeno un caso dimostrerebbe invece che se il common law non offriva alcuna tutela ai terzi, la offrivano, invece, anche se parziale, le corti di equity. Sul punto cfr. anche YALE, *Headless Bodies*, cit., p. 44 n. 22.

<sup>(130)</sup> *Lev.*, cap. XXII, p. 148: « or, if the assembly have a common stock, wherein none of the innocent members have propriety, by pecuniary mulct ». Per

st'ultimo requisito scompare dal testo latino del *Leviathan* e quindi si sarebbe tentati di non tenerne conto. Anche semplificando in tal modo il dettato del Nostro, l'affermazione non risulta però di palmare evidenza. Infatti, se l'esistenza del fondo comune del collegio non è obbligatoria, mentre l'irrogazione dell'ammenda è condizionata a questa esistenza, se ne dovrebbe dedurre che, mancando il fondo, non sarebbe possibile punire l'ente con questo tipo di sanzione. Se questa è l'aspirazione de iure condendo che Hobbes, per tutelare i diritti della minoranza dissenziente, cerca di far valere, bisogna dire che essa sembra abbastanza lontana dalla realtà del diritto inglese del tempo, in cui era ancora presente una visione medievale di certi rapporti giuridici, quali quelli implicati nella vasta gamma delle *sanzioni pecuniarie* con cui la monarchia, nell'esercizio della sua *prerogative*, colpiva le corporazioni municipali e mercantili <sup>(131)</sup>. E in queste ultime, il patrimonio comune non era un requisito necessario alla loro esistenza di soggetti giuridici indipendenti, allo stesso modo di come avviene per le persone giuridiche moderne. È vero che Hobbes, nelle due versioni del *Leviathan*, sembra limitare l'obbligazione all'eventuale fondo comune *della sola* assemblea o collegio, come se la sanzione non dovesse o non potesse gravare su di un fondo comune dell'intera corporazione. E qui forse ci troviamo di fronte ad un eccesso di coerenza. E cioè: se, nonostante la validità dell'atto illegittimo, si vuole (come Hobbes vuole) attuare la tutela dei membri di minoranza del collegio ed eventualmente dei membri di tutta la corporazione (quando non coincide con il collegio stesso, come p.e. nelle corporazioni municipali), allora il patrimonio comune, con il quale soddisfare l'obbligazione, dovrà a

---

il testo latino cfr. la n. 123 di questo saggio. L'ammenda come forma generale di sanzione nei confronti delle corporations aggregate, che veniva irrogata con ordinanza regia, a partire da un certo periodo veniva giustificata sulla base dello *statute 4 Henry VII, c. 24*, che il common law considerava applicabile alle corporazioni, per quanto esse non vi fossero espressamente nominate: KYD, *op. cit.*, I, p. 316.

<sup>(131)</sup> Sulla *prerogative* regia, in rapporto alle corporazioni, cfr. le annotazioni di Sir M. Hale, citate in YALE, *Headless Bodies*, cit., p. 57. Sulla *prerogative* in generale, cfr. HD, IV, p. 204 ss.; VI, p. 20 ss.; 69 ss.; 204 ss. per l'analisi delle opinioni di Hale in proposito.

maggior ragione esser costituito da un fondo comune *del* collegio. Che esso sia poi gravato dalla condizione, del tutto logica ma in pratica irrealizzabile, della completa assenza di beni dei membri « innocenti », ciò sembra esser affermato per garantire al massimo, persino con affermazioni irrealizzabili nella pratica, la posizione dei votanti di minoranza. Il significato *complessivo* delle affermazioni di Hobbes sembra quindi essere il seguente: 1) la sanzione pecuniaria deve essere irrogata quando c'è da parte dell'ente la effettiva possibilità di onorarla, che si realizza soprattutto (ma non necessariamente) quando c'è un fondo comune da cui attingere; 2) poiché però i membri di minoranza non devono concorrere nel pagamento, se nel fondo comune c'è anche del loro allora i membri della maggioranza devono onorare l'obbligazione con il loro patrimonio personale. E poiché 3) è difficile se non impossibile ipotizzare l'esistenza di un fondo comune dell'ente senza alcun contributo degli individui che si rivelano esser poi di minoranza, la proposizione hobbesiana sembra non esser altro che un modo indiretto e forse un po' tortuoso per stabilire, come un principio generale, la responsabilità patrimoniale individuale dei componenti la maggioranza. Responsabilità risultante inoltre dal fatto che, come si è visto, l'atto ultra vires, oltre che all'assemblea, è imputabile *individualmente* ad ognuno di quelli che lo ha votato, per cui sembrerebbe del tutto logico ipotizzare che i responsabili ne debbano rispondere con il loro patrimonio.

Del resto, era questo il tipo di responsabilità che la prassi del diritto inglese ancora ampiamente mostrava. Nel Basso Medio Evo, i singoli dovevano spesso rispondere personalmente per le obbligazioni pecuniarie delle corporazioni nei confronti del monarca. Così nel 1272, il sindaco e ventidue tra assessori comunali e cittadini facoltosi, si impegnarono con dichiarazione giurata a pagare una grossa ammenda di mille marchi alla regina Eleonora, dovuta dalla Città di Londra quale conguaglio di somme dovute dalla stessa per precedenti obbligazioni da contratto, illecito, pretese varie dell'amministrazione (*debts, trespasses and demands*). Per il caso di insolvenza, essi impegnavano i loro eredi e l'*intiera* cittadinanza a pagare le somme che « i baroni dello Scacchiere » avessero imposto sui beni mobili ed immobili dei cittadini per soddi-

sfare il debito <sup>(132)</sup>. Se le obbligazioni gravavano sulla città come soggetto giuridico indipendente, si suppone che fossero state contratte da quest'ultima nella sua corporate capacity (che di fatto le veniva riconosciuta) e quindi, almeno in parte, secondo una dialettica di maggioranza e minoranza nei suoi organi collegiali, dialettica che però risulta irrilevante ai fini di una esenzione della minoranza dalle obbligazioni *ex delicto*. È vero che a quest'epoca non si distingue ancora nettamente la corporazione dai suoi membri, dal punto di vista dei rapporti giuridici dei quali la prima fosse titolare, tant'è vero che si applica anche il principio opposto a quello ora visto, e cioè che la città fosse responsabile per l'obbligazione di alcuni cittadini <sup>(133)</sup>. Però, una simile prassi si mantenne a lungo, anche quando si era già delineata una concezione della corporazione influenzata dalla teoria della finzione: ancora all'epoca della Restaurazione troviamo dei casi in cui singoli cittadini devono rispondere per le obbligazioni pecuniarie del borough nei confronti del re <sup>(134)</sup>. Ora, è indubbio che il concetto di responsabilità patrimoniale da illecito stabilito da Hobbes, a prescindere dalle possibili ambiguità della formulazione, mira a regolare questa materia in modo più conforme alle esigenze di una *certezza* del diritto già moderna (quella certezza che costituisce in fondo l'unica vera legittimazione dell'onnipotente sovrano hobbesiano). Se quel concetto non si svincola chiaramente dal criterio medievale della responsabilità individuale (e illimitata) dei singoli che compongono il gruppo, e se non giunge a concepire il fondo comune come un'entità necessaria e indispensabile all'esistenza

---

<sup>(132)</sup> MADOX, *Firma Burgi*, 137 cit. da KE CHIN WANG, *art. cit.*, p. 508. Casi simili sono riportati dall'autore per periodi successivi: cfr. *art. cit.*, pp. 508-510. Per la responsabilità illimitata dei membri delle Gilde, cfr. i casi riportati da MADOX, nell'art. sopra citato, pp. 510-511, per gli anni 1409, 1468.

<sup>(133)</sup> Sul punto, KE CHIN WANG, *art. cit.*, p. 509, 510.

<sup>(134)</sup> Infatti all'epoca di Carlo II si trovano casi di individui che devono pagare per le obbligazioni della loro comunità: « ogni persona dotata di intelletto giudichi quindi se non è vero che i cittadini di Dunwich non siano stati ad intervalli costretti a subire esecuzioni forzate, sia *per corpus Corporatum* che *per Capita*, per le obbligazioni pecuniarie della loro comunità nei confronti della Corona » (MADOX, *op. cit.*, cit. in KE CHIN WANG, *art. cit.*, L.Q.R., CCXXXIII, 1943, p. 86 n. 38).

dell'ente come soggetto giuridico autonomo, tuttavia aspira a quella tutela della minoranza che solo la forma compiuta della personalità giuridica consente di realizzare grazie al concetto di una responsabilità limitata in relazione ad un patrimonio, istituito esclusivamente come patrimonio dell'ente. Né a quanto detto può ostare la constatazione che Hobbes si riferisce letteralmente alla sola fattispecie penale (*crime*) lasciando quindi fuori della sua casistica quella da illecito civile (*tort*), per cui la sua pretesa di generalizzazione risulterebbe monca. Infatti, nel diritto inglese del tempo, la distinzione tra le due fattispecie, soprattutto in ordine alla loro punibilità mediante sanzione pecuniaria, non era netta, come si pretenderebbe invece da un punto di vista moderno. Secondo le precise osservazioni di Bernini, verso la fine del Medio Evo, quando si venne formando per l'appunto la categoria del *trespass*, « che sta ad indicare un illecito di carattere extra-contrattuale, commesso con la violenza, reale od implicita, e tale da cagionare a terzi un danno di natura personale ovvero riferibile a beni mobili o immobili », ciò avvenne tuttavia senza che si realizzasse una chiara distinzione tra illecito penale e civile: continua invece il fenomeno, già presente nel Medio Evo, della « confusione ... tra le fattispecie considerate illecite dal punto di vista penale (*crimes*) e quelle che integravano gli estremi di un illecito meramente civile (*torts*). La materia era inoltre complicata dalla facilità con la quale nutrite sanzioni pecuniarie, la cui natura civile o penale era ben difficilmente definibile, venivano comminate nei confronti di persone colpevoli sia di *felonies* che di *misdeameans* (o *trespasses*) » <sup>(135)</sup>.

C. Tutto ciò visto, si pone ora la domanda in ordine al riconoscimento o meno da parte di Hobbes di una effettiva capacità a delinquere da parte della persona giuridica. La fattispecie di reato che si venga a compiere per opera di un voto della maggioranza, è un atto della persona ficta, che comporta l'applica-

---

<sup>(135)</sup> Cfr. le *Annotazioni* al *A Dialogue of the Common Law*, cit., a cura di G. Bernini, pp. 196-230, con riferimento specifico alle pp. 212, 223 ss. e pp. 223-4 per la citazione. Per la definizione hobbesiana del « pecuniary punishment », cfr. *Lev.*, cap. XXVIII, *Of Punishments and Rewards*, p. 205.

zione della sanzione (analogica a quella penale) della sua morte (*dissolutio*) o della ammenda. C'è quindi l'imputabilità di un comportamento illegittimo che può costituire un reato, ad un entità che è un soggetto giuridico indipendente, ancorché artificiale. Il punto decisivo in ordine all'imputabilità penale, sembra essere il seguente: che l'atto costituente un *crime*, è *atto della* persona ficta in applicazione del principio della maggioranza, e non solo l'atto dei *solii* votanti. Riconoscendo una chiara imputabilità penale dell'ente partificiale, la teoria giuridica di Hobbes conterrebbe allora un elemento di novità rispetto a quella del suo tempo, in cui sarebbe stata ancora prevalente la negazione di ogni responsabilità penale del soggetto artificiale in sé e per sé. Come è noto, la capacità a delinquere della persona ficta, e la conseguente imputabilità, erano state negate da autorevoli canonisti ed ammesse invece nel successivo sviluppo della teoria canonistico-civilistica della persona giuridica <sup>(136)</sup>. Una eco delle concezioni canonistiche sembra presente nelle celebri parole di Coke, quando scrive che la « corporation aggregate » è « invisibile e immortale » e non è che « una praesumptio juris et de jure », per cui « non può commettere tradimento, esser bandita, scomunicata, poiché non ha l'anima; né può apparire in giudizio se non mediante un rappresentante ... Non può commettere spergiuro poiché un corpo invisibile non può essere presente di persona in giudizio, né tanto meno prestare giuramento » <sup>(137)</sup>. La non-imputabilità penale dell'ente come tale, non implicava però la non-imputabilità dei suoi membri, trattandosi di una capacità di imputazione eminentemente individuale: il principio di common law era quindi che la corporazione non potesse delinquere nella sua *corporate capacity*, mentre lo potevano i singoli componenti « in their distinct indi-

---

<sup>(136)</sup> Come sempre, per questi riferimenti alla dottrina giuridica continentale, mi baso su Gierke: D.G., III, p. 343 ss.; e 402 ss.

<sup>(137)</sup> 10 Co. Rep. 32 b, cit., in E.R., cit., p. 973. Coke riassume, come è noto, il punto di vista dei giudici dello Year Book. Troviamo p.e.: « A man shall not have a writ of trespass against the Abbot and convent, for the convent cannot trespass ... » (15 Ed. IV, I, pl. 2, per Brian C. J., cit. in POLLOCK, *Has the Common Law received the Fiction Theory of Corporations?* cit., p. 233). Sul punto cfr.: HD, III, pp. 473, 488-9.

vidual capacity» (138). Il rapporto di esclusione tra le due capacità è poi espresso con la consueta chiarezza da Kyd: se il membro di una *corporation sole* commette un reato (treason or felony), si ritiene lo commetta nella sua capacità giuridica *naturale*, di persona fisica, e non in quella che ha come elemento della persona giuridica (*corporate capacity*), per cui è punibile solo « in his *natural capacity* », cioè per la capacità di agire che possiede come persona fisica. Allo stesso modo, « se tutti i componenti di una persona giuridica (*aggregate corporation*), simulando un'assemblea dell'ente, si rendessero colpevoli di qualsiasi reato del quale un gruppo (*collective body*) di uomini sia fisicamente capace, costoro sarebbero, come individui, in ogni caso passibili di sanzione, allo stesso modo della persona fisica che è una *corporation sole* » (139).

La netta distinzione logica delle due capacità, anche nel caso di *corporation sole*, in ordine all'imputazione dei relativi effetti giuridici, non risolve però il problema della non imputabilità della minoranza « innocente »: e infatti Kyd contempla l'ipotesi di una votazione unanime. O meglio, lo risolve in base al principio del carattere in ogni caso *personale*, cioè individuale, dell'imputabilità penale: tutti coloro che hanno concorso a porre in essere la fattispecie criminosa, sono individualmente punibili, e quindi si suppone che i soci di un collegio, capaci di dimostrare la loro innocenza, p.e. mediante la risultanza a verbale di un loro voto contrario, siano ipso facto esclusi da ogni responsabilità e in tal modo tutelati.

Va comunque detto che questa negazione della responsabilità penale della persona giuridica, che sembra dimostrare l'adozione della teoria della finzione nella sua forma più radicale, viene ridimensionata dalla storiografia più autorevole, che rileva come già nel tardo Year Book, cioè nel XV secolo, i giudici cominciarono a ritenere possibile una responsabilità dell'ente artificiale per comportamento illegittimo: la « delictual liability » dell'ente, in quanto « comportamento antiggiuridico che causa danni a terzi », configurante cioè una responsabilità eminentemente civile, cominciava ad

(138) *Bl. Comm.*, I, cit., p. 464 con l'indicazione delle fonti della dottrina precedente. Sulle due capacità cfr. anche SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 109-111.

(139) KYD, *op. cit.*, I, pp. 73-74.

esser presa in considerazione nelle sue forme di illecito contrattuale ed extra-contrattuale, soprattutto in tema di danni alle persone e alle cose. Si riteneva inoltre che l'ente fosse capace di soffrirne come soggetto passivo <sup>(140)</sup>. È vero che, anche nel XX secolo la non-imputabilità dell'ente è isolatamente riaffermata in termini abbastanza simili a quelli della giurisprudenza dello Year Book <sup>(141)</sup>. Tuttavia, come osserva Holdsworth, una cosa è « trarre conclusioni astratte dalla natura della persona giuridica », tutt'altra invece « tradurre queste conclusioni in regole concrete »: se queste ultime fossero coerenti con le premesse astratte, allora si sarebbe dovuto negare qualsiasi responsabilità civile e penale dell'ente artificiale <sup>(142)</sup>. Ciò si vide con tutta evidenza nel famoso *Quo Warranto case*, che è del 1682, tre anni dopo la morte di Hobbes. Il giudice Treby, che prende le difese della Città di Londra, ne invoca la non-punibilità poiché essa è un ente astratto, una persona giuridica: « se per ipotesi essa fosse colpevole di tradimento, mediante un suo atto, formalmente legittimo, e se il sindaco, il consiglio e i cittadini fossero messi sotto processo, quale verdetto dovrebbe essere emesso contro di loro in quanto colpevoli, « in their corporate capacity »? Forse quello: suspendatur per collum corpus politicum? Il che forse significa che bisognerebbe impiccare il sigillo della corporazione? » <sup>(143)</sup>. Ma la tesi fu respinta dalla corte, la quale sostenne — come ricorda Holdsworth — che una persona giuridica può esser ritenuta colpevole di « seditious libel and other misdemeanours ». Nell'affermare questo punto di vista, la corte si richiamò ad un'autorità precedente, ricordando che nella amnistia generale emanata da Carlo II con lo Act of *Oblivion*, si perdonavano anche le corporazioni per i loro « crimes and offences », e questo dimostrava allora, secondo la

---

<sup>(140)</sup> HD, III, p. 488, da dove ho tratto la definizione della responsabilità per fatto illecito e l'indicazione dell'orientamento della giurisprudenza dello Year Book.

<sup>(141)</sup> Cfr. l'opinione di un giudice citata da HD, IX, p. 50 n. 6 ed inoltre HAL- LIS, *Corporate Personality*, rist. cit., p. LI n. 1.

<sup>(142)</sup> HD, IX, p. 50, cit.

<sup>(143)</sup> Ho tratto il passo come riportato da POLLOCK, *Has the Common Law received ... etc.?*, cit., p. 231.

Corte, che « i bodies politic possono (come tali) commettere reati ed esserne perdonati » (144). Come nota Pollock, il giudice Treby non invoca l'impossibilità di imputare di illecito la corporazione, ma solo quella di punirla, come se la conclamata impossibilità di imputazione derivasse dalla semplice impossibilità di irrogare una *vera* sanzione penale alla persona giuridica come tale. Ma questa impossibilità veniva aggirata o applicando individualmente la legge penale o per l'appunto le sanzioni specifiche della persona giuridica (145). Per cui in definitiva, a prescindere dalle astratte definizioni teoriche, periodicamente ripetute da alcuni giudici, « sembra potersi affermare che, per ciò che riguarda l'imputabilità penale e civile, le corti sono sempre state pronte a sostenere che una corporazione è capace di imputazione allo stesso modo della persona naturale ». Naturalmente, « non può esser punita come una persona fisica » ma « la sua imputabilità può condurre ad una sanzione adatta a siffatta persona » (146). Il problema della imputabilità della persona giuridica, sarebbe stato quindi concretamente risolto mediante un'*analogia* con quella della persona fisica; infatti, se c'è una sanzione analoga a quella penale in senso stretto, ci dovrà essere anche una similare imputabilità: non può esserci punibilità senza imputabilità, l'una e l'altra nelle dovute forme ad hoc. Se poi si vuol dire che, stante l'impossibilità di irrogare una sanzione penale specifica, cioè *fisica*, la persona giuridica non può considerarsi imputabile, ciò sembra costituire una dichiarazione sostanzialmente accademica (147).

Nell'ambito di questo sviluppo storico, in cui la prassi già conduce, all'epoca di Hobbes, ad una concreta ammissione dell'imputabilità penale della persona giuridica (mentre *forme* di quel-

(144) Per tutti questi elementi e per la citazione: HD, IX, cit., p. 50 e n. 8.

(145) Sul punto cfr. POLLOCK, *art. cit.*, pp. 231-232 (ed il capitolo *Persons in Jurisprudence and Legal Essays*, London, 1961, pp. 60-70, sp. pp. 68-69; nonché HD, IX, cit., p. 51. Holdsworth e Pollock (*art. cit.*, pp. 234-5) ricordano come il diritto moderno abbia aggirato l'ostacolo applicando i principi del *law of agency* per gli illeciti civili.

(146) HD, IX, p. 51, cit.

(147) La tesi che nel diritto inglese si sia di fatto sostenuta e affermata simile (concreta) analogia, al di là delle astratte elucubrazioni dottrinali, è caratteristica di Holdsworth: cfr. IX, cit., pp. 69-71.

la civile erano state anteriormente individuate), conduce cioè al formarsi di una concezione teorica più moderna accanto a quella tradizionale, la posizione di Hobbes è conforme ai nuovi sviluppi. Anch'egli sostiene la non-punibilità in termini tradizionali, cioè strettamente penali, dell'atto delittuoso deliberato a maggioranza; non è possibile infatti arrestare o impiccare un «individuo» che è artificiale. Da ciò non consegue però che l'atto illecito non debba imputarsi alla persona giuridica: proprio perché ad essa imputabile, la totalità e la maggioranza dei membri ne subiscono le necessarie conseguenze, ossia l'irrogazione di quelle pene che la persona ficta può subire, come la soppressione e l'ammenda. Il contributo specifico di Hobbes a questo aspetto della teoria giuridica, se di contributo si può parlare, potrebbe consistere, forse, più che nell'ammettere l'imputazione dell'atto all'ente, nell'aver concepito una *doppia capacità* di imputazione, dell'ente e dei singoli, giustificabile ad opera dei due consueti principi della rappresentanza e della maggioranza. Come si è visto, secondo il primo, l'atto compiuto ultra vires, quindi illegittimo o illecito, impegna solo chi lo ha votato, poiché egli non può qui che rappresentare se stesso: perciò ciascuno dei votanti ne è individualmente responsabile. Per il secondo, l'atto, pur restando attribuito solo a ciascuno dei soci di maggioranza, è nello stesso tempo della persona giuridica. La giustificazione hobbesiana dell'imputabilità (solo) individuale dell'atto illegittimo mediante l'applicazione del concetto della rappresentanza, raggiunge lo stesso risultato dell'imputabilità penale dello stesso, vale a dire configura una attribuzione di imputazione ai singoli, in quanto agenti nella loro natural capacity, attribuzione parallela ma diversa da quella che ricevono nella loro corporate capacity (grazie alla quale l'atto è dell'assemblea e quindi del systema). Hobbes sembra in definitiva servirsi di entrambe le *capacities* presenti nel rapporto tra persona giuridica e suoi membri, per costruire una sorta di *doppia imputabilità* da atto illecito, che non risparmi né l'ente né i votanti di maggioranza: il primo ne risponderà con le sanzioni che la sua particolare natura giuridica richiede, i secondi non potranno certo sfuggire alle sanzioni individuali della legge ordinaria. Ma il concetto di una contemporanea imputabilità da illecito per l'ente e per i

singoli, si ritrova già nel pensiero giuridico continentale <sup>(148)</sup> mentre non è nemmeno del tutto in opposizione, a ben vedere, con la responsabilità illimitata dei singoli per le obbligazioni del *systema* (municipale, mercantile) nei confronti del monarca, dal momento che i singoli si trovano ad esser obbligati *proprio perché* partecipi di un corpo politico, dalle cui assunzioni di responsabilità (cui hanno partecipato nella loro corporate capacity) non possono evidentemente dissociarsi. Quali che siano le componenti medievali e moderne, presenti qui nel pensiero di Hobbes, la concezione che egli propone (o ripropone) ha il merito di contribuire ad una maggiore certezza del diritto, dal momento che mira a far sì che l'illeceità commessa dalla persona giuridica sia punita con una sanzione che colpisca la sola maggioranza, quando responsabile <sup>(149)</sup>.

6. Stabiliti i principi generali in ordine alla imputabilità delle azioni intra e ultra vires dei due tipi di rappresentanti, Hobbes passa a definire i criteri generali per la responsabilità delle obbligazioni *patrimoniali* del rappresentante e dell'assemblea, distinguendo tre casi: se è il rappresentante singolo ad essere obbligato verso terzi; se è un'assemblea ad esserlo; se infine l'obbligazione

---

<sup>(148)</sup> Cfr. D.G., III, cit., p. 410. Sul problema della tutela della minoranza, anche per la sanzione pecuniaria: *ivi*, p. 407 ss.; 492-3, 496. Da notare l'opinione di Bartolo: « licet superior totam universitatem condemnet, ut dixi, tamen illi, qui non delinquerunt, non debent contribuere in solutione collectae de jure » (D.G., cit., p. 410, cit.).

<sup>(149)</sup> Cfr. il caso giudiziale del 1921 citato da HALLIS, *op. cit.*, p. LII della *Introduction*, cit.: per costringere il recalcitrante consiglio di un Borough a pagare un contributo dovuto per legge, « the problem was solved by imprisoning those of the concillors who had voted for the unlawful resolution, but not those who had voted against it ». La decisione della corte è presentata da Hallis come se non ci fossero stati precedenti, ed essa sembra attuare quella responsabilità individuale di ogni membro della maggioranza, e quindi della maggioranza, auspicata da Hobbes nella sua casistica. Nella preoccupazione di Hobbes per la tutela della minoranza di un collegio è forse presente il desiderio di sottrarre, con tutti gli argomenti di una teoria moderna, le minoranze ad un ingiusto trattamento che, in tempi più antichi, si concretava (soprattutto nei diritti dei paesi nordici) in vere e proprie vessazioni: sul punto cfr. E. RUFFINI, *Il principio maggioritario nelle elezioni dei Re e Imperatori*, rist. in *Id.*, *La ragione dei più*, Bologna, 1977, pp. 95-104. (Un esempio di tali vessazioni si ha nel caso [del 1476] citato alla nota n. 127 *supra*, sul quale cfr. anche HD, III, p. 485).

è tra l'assemblea ed un suo membro. I principî stabiliti per questo tipo di obbligazione, valgono poi anche per tutte le altre obbligazioni da contratto e anche per quelle da fatto illecito <sup>(150)</sup>.

A. Nel caso del rappresentante singolo Hobbes afferma che è obbligato con la sua sola persona verso il terzo creditore, anche se può usufruire del fondo comune, quando c'è, per soddisfarlo. Infatti, i rappresentati non possono esser considerati *autori* del mutuo, cioè responsabili per l'obbligazione pecuniaria del rappresentante, perché ciò vorrebbe dire che le lettere patenti avrebbero conferito al rappresentante il potere di far pagare ai rappresentati « what he borroweth ». Ma allora, se così fosse, il primo « dovrebbe per conseguenza essere il loro sovrano », il che non è possibile, trattandosi del titolare di un corpo subordinato. Con questo curioso argomento, sviluppato con chiarezza solo nel testo inglese, Hobbes sembra voler dire che il titolare di una persona giuridica non può far sì che i membri della stessa onorino le obbligazioni pecuniarie da lui contratte perché questo può succedere solo quando il titolare passivo del rapporto di obbligazione è il Sovrano, le cui spese e i cui debiti hanno per l'appunto la comunità di cui egli « porta la persona » come autrice: è infatti la comunità a pagarle. Le lettere patenti non possono quindi contenere disposizioni in questo senso perché, come si è visto, non possono, pena la nullità o la traslazione della sovranità, attribuire poteri quasi sovrani al rappresentante <sup>(151)</sup>. D'altro canto, non è opportuno

---

<sup>(150)</sup> *Lev.*, cap. XXII, cit., p. 148. La frase di Hobbes « if he come into debt by contract, or mulct, the case is the same » (*op. cit.*, ivi), non va intesa nel senso che l'obbligazione pecuniaria costituisca un *genus* diverso dalle obbligazioni contrattuali in generale, ma nel senso che i principî stabiliti per *questo tipo* di obbligazione (da mutuo) valgono in generale per tutte le obbligazioni da contratto. Più chiara la formulazione del testo latino, ove si paragonano semplicemente l'obbligazione da mutuo (ossia da contratto) e da fatto illecito: « Idem dicendum est de mulcta, si contingat personam systematis subordinati, quam gerit homo unus, a persona civitatis pecunia mulctari » (*O.L.*, cit., p. 173).

<sup>(151)</sup> *Op. cit.*, ivi: « For if he should have authority from his letters, to make the members pay what he borroweth, he soul should have by consequence the sovereignty of them; and therefore the grant were either void ... or, if it be avowed by him, then is the representer sovereign ». (Tutta l'argomentazione qui esposta manca nella versione latina. Cfr. anche la n. 87 di questo saggio).

che cerchino di limitare la naturale inclinazione a prendere denaro a prestito quando in genere non limitano la altrettanto naturale inclinazione degli uomini a darne <sup>(152)</sup>. La giustificazione della responsabilità illimitata del rappresentante è introdotta quindi con un'argomentazione che richiama le implicazioni politiche del concetto della rappresentanza e con un'altra di tipo antropologico sulla necessità di ammettere piena libertà di azione del rappresentante in ordine ai prestiti in denaro (forse perché la condanna medievale del prestito in quanto forma di usura, era ancora presente nella mentalità del tempo). Da un punto di vista più propriamente giuridico, l'obbligazione pecuniaria verso i terzi grava quindi sul solo rappresentante perché la pretesa del creditore non trova alcun punto di riferimento nelle lettere patenti, che in materia tacciono: questa pretesa non si può perciò ricondurre (in termini hobbesiani) ad alcun atto di sovranità del quale i rappresentati possano esser dichiarati autori. Si afferma allora un principio di diritto in ordine ai rapporti di *debt*, che non può non esser accolto nel civil law hobbesiano, giusta il quale, per il creditore è debitore solo colui « che si è obbligato » nel rapporto bilaterale con lui: e questo soggetto è solo il rappresentante, dal momento che il creditore ha *solo* in lui una controparte che possa « engage himself » <sup>(153)</sup>.

La prima osservazione che si può qui muovere a Hobbes è la seguente: se il rappresentante della persona si obbliga verso i terzi a puro titolo personale, perché il silenzio delle lettere patenti impedisce di considerare la persona giuridica come soggetto passivo, se quindi egli rappresenta solo se stesso, perché può soddisfare il debito usufruendo del fondo comune, quando c'è? Non si tratterebbe inoltre, almeno in apparenza, di un comportamento a titolo personale poiché non contemplato nella concessione e quindi *ultra vires*? E la responsabilità illimitata del rappresen-

---

<sup>(152)</sup> *Op. cit.*, ivi. Così interpreto il passo: « (for no letters need limit borrowing, seeing it is left to men's own inclination to limit lending) », assente dal testo latino.

<sup>(153)</sup> *Op. cit.*, ivi. Più concisamente nel testo latino: « Qui pecuniam mutuam dat, cum systemati extraneus sit, pro debitoribus habet eos solos qui solvere promiserant; personam enim mutuam accipientis nullam, praeter ipsius hominis naturam, cognoscit » (O.L., cit., p. 173).

tante non è circoscritta al mutuo ma riguarda tutte le obbligazioni da contratto in generale e quelle derivanti da un comportamento illecito che provochi una sanzione pecuniaria. Per queste ultime va ricordato che dovrebbero nascere da un comportamento illegittimo o illecito, che spesso è *ultra vires*, e quindi i singoli membri a priori non possono esserne considerati autori. Ma se i membri della persona giuridica non possono mai esser considerati autori anche delle obbligazioni da contratto della stessa, questo non equivarrebbe a dire che *autore* di quasi tutta l'attività di diritto privato, praticamente di gran parte dell'attività della persona giuridica, sarebbe allora l'*attore*, cioè il solo rappresentante, il che sarebbe evidentemente assurdo? A meno che non si tratti invece di quell'attività che non è necessario ricomprendere nelle lettere patenti perché realizza quei poteri, quelle facoltà che, come si è visto, sono considerati *incident* alla persona artificiale, perché intrinseche ai suoi scopi, sì da non dover esser espressamente menzionate. Queste attività ricadrebbero sotto le *ordinary laws*. Ma se questo fosse il caso, l'obbligazione pecuniaria del rappresentante risulterebbe da un'attività *tacitamente* *intra vires* e quindi dovrebbe avere nei consociati i suoi autori. Però Hobbes afferma con chiarezza che le lettere patenti, se non possono proibire l'insorgere di obbligazioni da contratto, non possono comunque concedere al rappresentante il potere di rendere autori della *sua* obbligazione i rappresentati, poiché siffatto potere è nella sua essenza sovrano. Allora, è impossibile considerare questa obbligazione come tacitamente ricompresa nell'autorizzazione regia. E non si può nemmeno dire quindi che le leggi ordinarie subentrino al silenzio delle lettere patenti, poiché non può esserci un silenzio interpretabile come lacuna, se la normativa sottaciuta è contraddittoria allo scopo di un *systema subordinato*, che non può essere quello di conferire poteri sovrani al rappresentante. La responsabilità patrimoniale del rappresentante resta allora illimitata, anche se così appare inspiegabile la possibilità di ricorso al fondo comune.

In base alle considerazioni ora viste, la teoria giuridica di Hobbes sembra qui avvilupparsi in una serie di contraddizioni. Ma questo rilievo ha un senso dal punto di vista di una concezione *compiuta* della personalità giuridica, che in Hobbes invece

non è ancora tale, soprattutto per quanto riguarda la vera funzione *corporativa* dell'assetto patrimoniale. La sua tipologia è da questo punto di vista ancora legata al passato. Vale a dire: 1) è chiaro che le obbligazioni contrattuali a carico del rappresentante non possono scaturire da poteri che egli esercita legittimamente, senza bisogno che siano espressamente previsti nelle lettere patenti; è anche chiaro però 2) che Hobbes concepisce la responsabilità patrimoniale dello stesso solo come responsabilità *illimitata*, secondo un concetto ancora medievale dell'obbligazione del titolare o di un membro di un ente collettivo, per cui 3) la funzione del fondo o cassa comune è a questo proposito del tutto sussidiaria. L'organo che individualmente rappresenta la persona giuridica, anche nell'esercizio legittimo dei poteri che gli derivano dalle lettere patenti è patrimonialmente obbligato a titolo personale e né esso né i creditori possono rivalersi sui membri della persona. Ma ciò che conta è che in tal modo si ottiene una migliore tutela del terzo creditore, ovvero la si ottiene in un'ottica secondo la quale la garanzia migliore è quella che si basa sulla responsabilità individuale illimitata della controparte, ancora (in gran parte) preferita nel diritto inglese a quella limitata e anonima, già apparsa nelle forme più evolute di società commerciali. Per quanto Hobbes stia qui delineando i tratti generali del *systema*, sembra che nel modo in cui si preoccupa di garantire il terzo creditore, si rifletta una delle critiche che venivano mosse alle *chartered companies* più moderne, organizzate secondo principi ormai quasi del tutto utilitaristici, con un vero capitale comune, spesso diviso in azioni e che garantiva la responsabilità limitata dei soci. Questo tipo di responsabilità non era però molto apprezzato. Infatti, la critica consisteva nel rilevare come, in questi *bodies politic*, « ogni commerciante [ad essi estraneo] non sa con chi ha un debito o un credito », perché queste persone giuridiche sono « il mercante invisibile che non si sa dove trovare », dal momento che i suoi componenti non commerciano individualmente ma per l'appunto come persona *ficta*, uniti in un'unica intrapresa, della quale si dividono poi i profitti in proporzione alla quota parte di capitale. A questi *bodies politic* venivano contrapposti quelli, ugualmente dotati di personalità giuridica, in cui però ogni socio, secondo la tradizione mercantile tipicamente medievale, ri-

salente alle gilde, commerciava in proprio, limitandosi ad osservare un regolamento comune « in ciò che era considerato di interesse comune » e a costituire un fondo per le spese comuni. In queste « regulated companies » non vigeva quindi il principio della responsabilità limitata, ma chi commerciava in proprio era in proprio illimitatamente responsabile, e per l'appunto si considerava come fatto altamente positivo che « in esse ognuno sa chi è il suo creditore e il suo debitore » (154).

Hobbes sembra condividere un simile punto di vista, assai diffuso al suo tempo nell'ambito della lotta ai privilegi e ai monopoli delle compagnie commerciali con il capitale a joint-stock, poiché si preoccupa di precisare, come si è detto, che il terzo creditore « understandeth those only for his debtors, that are engaged: and seeing the representer can engage himself, and none else, has him only for debtor » (155). La responsabilità illimitata del rappresentante viene quindi ad esser giustificata, più che dalle astratte considerazioni sulla sovranità o sulla avidità della natura umana, da un elemento *concreto*, concretamente vissuto nella prassi giuridica ed economica dell'epoca, rappresentato dalla convinzione che il creditore debba poter contrarre l'obbligazione con una controparte costituita da *un* individuo in carne e ossa, dotato di un patrimonio individuato, che egli può impegnare senza limiti. Se quindi i titolari passivi del rapporto di obbligazione sono *solo quelli* che « si sono impegnati », ossia obbligati con il loro patrimonio, e solo il rappresentante, come individuo reale e visibile per il creditore, può obbligarsi, *lui solo* deve esser considerato soggetto passivo di questa obbligazione. Al terzo creditore non importa nulla, dal punto di vista giuridico, delle lettere patenti né della « qualità » di corpo politico posseduta dall'ente di cui il rappresentante è tale: questi elementi, senza i quali il rappresen-

---

(154) Ho tratto questi elementi sulla responsabilità e le « compagnie regolate » da CARR, *Introduction*, cit., rispettivamente p. LIII, e p. XXI. Sul punto cfr. anche HD, IV, pp. 520-1 e VIII, p. 206 ss. Sugli elementi non utilitaristici presenti, secondo la tradizione medievale, negli statuti di queste società e anche di quelle più moderne: CARR, *op. cit.*, pp. XX, XXIII, XXXIX (con l'indicazione di vari *grounds of incorporation*).

(155) *Lev.*, cap. XXII, cit., p. 148, cit.

tante non sarebbe e l'obbligazione non avrebbe nemmeno luogo (poiché il rappresentante la contrae nell'esercizio dei suoi poteri), restano tuttavia *giuridicamente* irrilevanti per i terzi, si tratti del creditore privato o della persona civitatis legittimata ad irrogare una sanzione pecuniaria <sup>(156)</sup>.

Principi simili valgono poi quando l'obbligazione patrimoniale verso i terzi è assunta (o sopportata, nel caso di sanzione) da un organo collegiale, dall'assemblea della persona artificiale. « Responsabili » ne sono *solo* coloro che hanno votato l'atto da cui scaturisce l'obbligazione, « poiché ognuno di essi nel votare si è obbligato al pagamento »: tale impegno è implicito e conseguente all'atto perché non è atto dell'assemblea, e quindi del *systema*, ma della maggioranza solamente, cioè di ognuno di quelli che l'hanno deliberato. E questo non solo quando l'atto sia illegittimo, tale cioè da comportare una sanzione, perché allora non può (per i precedenti ragionamenti) che essere imputato a ciascuno della maggioranza, ma anche quando sia stato compiuto in esecuzione dei poteri tacitamente ammessi dalle lettere patenti. Se prevale infatti il principio della responsabilità illimitata della persona fisica, solo le persone fisiche dei votanti singolarmente prese, possono essere considerate soggetti passivi in un rapporto giuridico con il terzo creditore. Ognuno di quelli che ha votato è perciò responsabile individualmente, non solo per la sua parte ma « even of the whole debt », per quanto il pagamento dell'intero fatto da uno qualsiasi dei membri lo liberi <sup>(157)</sup>. Anche per le obbligazioni patrimoniali assunte dall'assemblea, Hobbes sembra quindi propugnare il principio della responsabilità illimitata di ciascun socio, senza ipotizzare però alcun ricorso ad un fondo comune, che anche qui sarebbe comunque del tutto secondario. Egli sembra in definitiva ispirarsi al modello di partnership rappresentata dalla *societas* medievale, antenata della *regulated company*, in cui

---

<sup>(156)</sup> Ciò risulta nel modo più chiaro soprattutto dalla versione inglese: « because he that lendeth it [il mutuo], being a stranger to the letters, and to the qualification of the body [al requisito cioè di essere persona giuridica], understandeth those only for his debtors, that are engaged, etc. (*op. cit.*, ivi).

<sup>(157)</sup> *Lev.*, cap. XXII, cit., pp. 148-9.

per l'appunto il singolo socio era ritenuto responsabile per l'intero debito <sup>(158)</sup>.

Nella casistica ora vista, può destare qualche perplessità il fatto che Hobbes metta sullo stesso piano le obbligazioni da contratto e quelle da fatto illecito, quando la loro *ratio* non può essere identica, trattandosi nell'un caso di attività in applicazione dei poteri del rappresentante, nell'altro invece di attività che, anche quando non siano da considerarsi del tutto *ultra vires* (come nel caso delle omissioni), non possono comunque esser concepite come manifestazione di uno dei poteri legittimamente conferiti nelle lettere patenti. Ma qui Hobbes considera le cose dal punto di vista dell'obbligazione patrimoniale, a prescindere dalla sua origine o meglio cercando di far vedere come, nonostante l'origine diversa, l'obbligazione implichi lo stesso tipo di responsabilità (il-limitata) a tutela dei terzi o dei membri del *systema*.

Infine, Hobbes considera il caso del mutuo contratto fra l'assemblea ed uno dei suoi componenti. Obbligata alla restituzione è *solo* l'intera assemblea, con il fondo comune, se c'è. La posizione del consociato creditore è delineata da Hobbes con un ragionamento complicato, per dimostrare che egli non è legittimato a soddisfarsi sul patrimonio personale di ciascuno ma solo sul capitale comune, mancando il quale non ha possibilità di rivalsa su alcun membro individuale. Se ha votato con gli altri la richiesta di mutuo (nei confronti di se stesso) è come se ne avesse votato anche la restituzione, perché è autore di quella richiesta al pari di tutti gli altri e quindi (se ne deduce) non si trova nella posizione del terzo creditore, che ha solo un credito da soddisfare e che può rivalersi nei confronti del patrimonio dei singoli che si siano obbligati a lui: deve soddisfarsi solo sul patrimonio comune perché, in quanto votante nella maggioranza, è autore dell'atto nei confronti di se stesso. Se invece ha votato contro o era as-

---

<sup>(158)</sup> Su queste forme commerciali e societarie più antiche: W. MITCHELL, *Early Forms of Partnership*, saggio del 1903, in *Sel. Essays in Anglo-American Legal History*, cit., vol. III, pp. 183-194, p. 186 (con i riferimenti alla letteratura tedesca e italiana, per la quale mi sono limitato a A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1897<sup>2</sup>, vol. II, pt. I, pp. 683-691). Cfr. inoltre HD, VIII, cit., pp. 193-199.

sente, ugualmente *non* viene a trovarsi in una posizione simile a quella di chi, come il terzo estraneo, è titolare del solo credito: infatti dal momento in cui, piegandosi alla maggioranza, concede il mutuo alla corporazione, è come se ne votasse la richiesta (*yet because in lending, he voteth the borrowing*) e quindi è come se « contraddicesse al suo precedente voto » che era, per l'appunto, un voto contrario alla concessione del prestito. Il voto precedente viene in tal modo annullato dalla nuova, anche se implicita, manifestazione di volontà. Se è obbligato da quest'ultima, si trova allora (di nuovo) nella duplice condizione di chi è contemporaneamente creditore e debitore: « becomes both borrower and lender ». Ma allora non può pretendere il pagamento da nessun singolo, ma solo dal patrimonio comune, e se questo manca, non ha mezzi di rivalsa <sup>(159)</sup>.

Poiché qui la persona fisica del creditore coincide con la persona fisica del debitore, ossia le due figure del rapporto giuridico sono riferite alla *stessa* persona fisica, viene meno quella *estraneità* del terzo creditore nei confronti del *systema*, che costituisce il presupposto per un rapporto di obbligazione con il solo rappresentante come unico possibile soggetto passivo, nella fattispecie con i concreti individui di una assemblea. Ciò comporta il venir meno della responsabilità (illimitata) del rappresentante nei confronti del proprio membro creditore, per cui nessun componente del collegio è obbligato con il proprio patrimonio nei confronti di quel membro. Quest'ultimo si trova allora in una posizione simile a quella lamentata dai nemici delle società per azioni, e può rivalersi solamente su di un fondo comune, quando c'è. Solo in questo caso apparirebbe allora una forma di responsabilità *limitata*, ma in modo anomalo, anche a causa del carattere accidentale che Hobbes attribuisce al fondo comune <sup>(160)</sup>.

B. Consideriamo ora in che modo Hobbes applichi i principi generali appena visti, ai tipi storicamente determinati di persone

---

<sup>(159)</sup> *Lev.*, cap. XXII, cit., p. 149.

<sup>(160)</sup> Forse è soprattutto in riferimento a questa pagina che Gierke accenna, come si è visto, ad una certa oscurità nella casistica di Hobbes: cfr. par. 2 di questo saggio.

giuridiche, cominciando dai « bodies politic for ordering of trade », le companies che la politica della corona inglese aveva cominciato a costituire, sin dall'affermarsi del mercantilismo dei Tudors, per organizzare al meglio il commercio con l'estero e il governo di colonie. Poiché le lettere patenti concedevano in genere a queste compagnie, oltre a condizioni di monopolio, ampi poteri, era vivo il dibattito sull'estensione di questi ultimi e vivace lo sforzo dei giuristi di ricondurli nell'ambito del common law <sup>(161)</sup>. Hobbes cerca di inquadrarle nel suo caratteristico schema, ovvero si pone il problema se per esse, come per le colonie e per i parlamenti, sia meglio avere un rappresentante singolo o una assemblea. La risposta è che la forma collegiale deve prevalere ma come « assembly of all the members » <sup>(162)</sup>. L'assemblea non può qui non coincidere con la totalità dei membri del systema, perché è giusto che *ognuno* di coloro che « rischiano il loro denaro », se lo vuole, « possa esser presente a tutte le delibere e decisioni del corpo » <sup>(163)</sup>. Il mercante deve quindi poter essere, in un certo senso, il rappresentante di se stesso. Ma il motivo vero per cui nascono queste assemblee di *tutti* i membri del gruppo (cioè queste corporazioni) non è tanto di semplice garanzia nei confronti del soggetto privato che ha investito il suo denaro, in nome di uno scopo comune che trascenda l'utile individuale; è invece esclusivamente utilitaristico e puramente economico: « lo scopo per cui si incorporano è guadagnare di più e ciò avviene in due modi: essendo gli unici ad acquistare e gli unici a vendere, sia in patria che all'estero » <sup>(164)</sup>. Poter operare in condizioni di monopolio, accrescendo così enormemente i propri guadagni, è il fine di queste compagnie mercantili, e l'incorporazione garantisce loro, secondo Hobbes, addirittura un « doppio monopolio », perché riguarda sia l'esclusiva dell'acquisto che della vendita, in patria e all'estero. Sarebbero invece utili allo Stato, se operassero in condizioni di monopolio *solo* quando acquistano sui mercati esteri, rivendendo

---

<sup>(161)</sup> Su questo dibattito: WILLISTON, *art. cit.*, pp. 213-215; HD, VIII, p. 209; CARR, *Introduction*, cit., p. XXIV ss.

<sup>(162)</sup> *Lev.*, cap. XXII, p. 151.

<sup>(163)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(164)</sup> *Op. cit.*, ivi.

invece all'interno in condizioni di concorrenza <sup>(165)</sup>. Queste corporazioni quindi « non sono altro che monopoli » <sup>(166)</sup>: e si distinguono anche per questo dalle semplice società mercantili sprovviste di personalità giuridica, che a loro volta rappresentano una evoluzione rispetto alla più antica forma individuale di commercio oltremare. Infatti « sono pochi i mercanti i quali, con le merci che acquistano in patria, possano noleggiare una nave per esportarle o possono trasportarle in patria dopo averle acquistate all'estero: e per questo devono riunirsi in una società (*society*), in cui ognuno può avere la partecipazione agli utili, in proporzione di quanto ha investito, oppure ritirare la sua parte di merce importata o trasportata e venderla al prezzo che ritiene più opportuno » <sup>(167)</sup>. Ma questa società non è un *body politic* dal momento che vi manca un rappresentante « incaricato di far loro osservare una legge che non sia [solo] quella comune a tutti », ovvero il *civil law* prodotto dalla volontà del Sovrano; un rappresentante incaricato quindi di far osservare la regolamentazione particolare della persona giuridica <sup>(168)</sup>.

Hobbes sembra qui riferirsi a forme storiche abbastanza precise di *partnership*: la *commenda*, nella sua forma più antica di contratto di trasporto marittimo; la *societas*, con le sue due diverse forme di realizzazione del profitto: partecipazione proporzionale al ricavato dalla vendita dell'intero o semplice ricavato

---

<sup>(165)</sup> *Op. cit.*, ivi. In uno degli attacchi contro i privilegi di monopolio delle compagnie, nel 1604, fu detto: « this is a strong and shameful monopoly: a monopoly in a monopoly: both abroad and at home » (citazione da CARR, *Introduction*, cit., p. xxxii).

<sup>(166)</sup> *Op. cit.*, p. 152. Questa affermazione, fatta dopo lo *Statute* del 1624 (21 James I, c. 3) che proibiva i monopoli ma esentando dall'applicazione delle sue norme ogni sorta di corporazioni comprese le « Companies or societies of merchants within this realm erected for the maintenance, enlargement or ordering of any trade or merchandise », mostra come Hobbes condividesse l'opinione di quei suoi contemporanei i quali affermavano che, dopo la suddetta legge, i monopoli « si riparano dietro il nome di una corporazione ». (Per queste fonti, CARR, *Introduction*, cit., p. lxxi e lxxiii; sulla lotta contro i monopoli, delle società commerciali e dei brevetti industriali, all'epoca di Hobbes, cfr. in generale: CARR, *op. cit.*, p. lxi ss.; HD, IV, pp. 345-354).

<sup>(167)</sup> *Op. cit.*, p. 151.

<sup>(168)</sup> *Op. cit.*, ivi.

della vendita libera della propria quota di merce <sup>(169)</sup>. Ciò che caratterizza la persona giuridica, e che qui manca, è dunque l'esistenza del rappresentante comune che applichi le regole specifiche del *systema*, stabilite nelle lettere patenti. Nel ribadire il concetto della personalità, Hobbes fa quindi vedere, ancora una volta, come il capitale comune non ne sia che un accessorio di secondaria importanza, dal momento che non è posto tra i requisiti essenziali. Il concetto del fondo comune non sembra comunque esser concepito dal Nostro in senso meramente tecnico, cioè esclusivamente economico-giuridico, ma sulla base di un giudizio di valore. Infatti Hobbes afferma che, quando questi « corpi di mercanti » diventano persone giuridiche, grazie alla concessione sovrana, non per questo possiedono un vero « fondo comune »: quello che in genere hanno è infatti dato *solo* da ciò che devono togliere da ogni singola quota per impiegarlo nelle spese di allestimento, equipaggiamento e manutenzione delle navi. Non si può infatti parlare di un vero fondo comune perché esso non è richiesto dallo scopo sociale: il loro scopo non è infatti « a common benefit to the whole body » ma solo « il guadagno particolare di ogni socio » <sup>(170)</sup>. Se ne deduce che, dal punto di vista di Hobbes, un vero « common stock » esiste solo quando si ha di mira un vantaggio ed un beneficio per l'intero corpo, cioè un vero *bene comune* che non può come tale esser quantificato economicamente o non può comunque esser realizzato o coincidere con l'aspirazione al guadagno economico. Il che è come dire allora che per Hobbes il bene comune ed il conseguente possibile *vero* fondo comune, possono esistere solo nelle corporazioni municipali, che non hanno certamente il guadagno individuale come scopo, o in corporazioni

---

<sup>(169)</sup> Su queste forme commerciali: MITCHELL, *art. cit.*, pp. 183-5, 186 ss.; HD, VIII, pp. 195-199.

<sup>(170)</sup> *Lev.*, cap. XXII, p. 152. A riprova che nelle unioni di mercanti, che mirano solo al guadagno individuale, non ci può essere vero common stock, perché il guadagno individuale non è un vero scopo comune, Hobbes scrive che anche quando l'unione abbia la personalità giuridica, allorché si deve pagare « una tassa » allo Stato, essa ricade su ogni membro « proportionably to his particular adventure in the company », senza poter ricorrere ad un fondo comune, dal momento che qui l'unico fondo comune non è che « what is made of their particular adventure » (*op. cit.*, ivi).

mercantili sul tipo delle Gilde, improntate anche ad ideali di disciplina, lealtà, fratellanza, mutuo soccorso: il che è come dire, in definitiva, che questo fondo dovrebbe esserci proprio dove sembra meno necessario, dal punto di vista della concezione moderna della persona giuridica <sup>(171)</sup>. Nel considerare il capitale comune come un elemento accidentale, ad essa, Hobbes era certamente favorito dal fatto che, nel campo mercantile, le persone giuridiche erano (come si è visto) solo in parte società che disponevano di un patrimonio comune indipendente, capace cioè di giustificare una responsabilità limitata dei soci <sup>(172)</sup>. Ad ogni modo, l'esistenza di uno scopo meramente egoistico di profitto, rafforza per il Nostro la necessità di un organo collegiale di governo comprendente tutti i membri del corpo politico. Dato che lo scopo dell'unione di mercanti, non in sé *comune* ma condiviso da tutti, è solo quello di guadagnare, ognuno ha diritto a conoscere l'impiego del suo denaro, il che significa che ognuno è ipso facto membro dell'assemblea, che ha il potere di determinare quell'impiego, e ad essere informato della contabilità generale <sup>(173)</sup>.

Per la responsabilità patrimoniale verso i terzi, Hobbes non può quindi che applicare il principio della responsabilità illimitata, nei modi e con i ragionamenti già visti. Se la persona giuridica « *contrae un debito con un terzo estraneo con un atto dell'assemblea rappresentativa [cioè con un atto valido], ogni socio è responsabile da solo per l'intero* ». Infatti, come già sappiamo: « un terzo non può in alcun modo conoscere il loro [dell'assemblea] ordinamento particolare, ma considera tutti solo come individui singoli, ciascuno dei quali è obbligato [con lui] per l'intero, finché il saldo effettuato da uno solo non liberi tutti gli altri » <sup>(174)</sup>. Tale responsabilità viene invece negata, secondo il principio stabilito in precedenza, nel caso in cui l'obbligazione sia tra il mercante e la sua società poiché « il creditore è debitore per l'intero a se

---

<sup>(171)</sup> Sulle gilde, sui principi non utilitaristici che le animavano, sulla influenza del loro modello ancora nelle compagnie commerciali del Cinque e Seicento, cfr.: HD, VIII, pp. 193-4; CARR, *op. cit.*, pp. XII, XX, XXXIX, XLIX,

<sup>(172)</sup> Vedi *supra*, sez. A di questo paragrafo 6.

<sup>(173)</sup> *Lev.*, XXII, p. 152; nel testo latino: « ... id est, ut persona systematis sit in ipso coetu seu curia, ad formam democratiae » (O.L., 3, p. 177).

<sup>(174)</sup> *Op. cit.*, ivi.

stesso, e non può quindi pretendere ciò che gli è dovuto, se non dal fondo comune, quando c'è » (175). Infine, la responsabilità patrimoniale (*mulct*) da atto illecito, ricade, in applicazione dei principi già visti, « solo su coloro che hanno votato l'atto o su quelli che hanno contribuito a realizzarlo » (176).

Hobbes appare dunque *in ritardo* rispetto agli sviluppi più moderni del suo tempo nel non riconoscere l'istituto della responsabilità limitata. Come ha scritto Holdsworth, egli è tra coloro che hanno mantenuto la vecchia nozione di responsabilità: « già nel quindicesimo secolo fu chiaro che il membro di una corporazione non poteva essere responsabile personalmente per i debiti della stessa; e, dopo alcune esitazioni, questa opinione si impose alla fine nell'ultima parte del diciassettesimo secolo » (177). Non appare invece arretrato nell'affermare, come corollario delle sue teorie, che la corporazione non può essere giudice in causa propria. Se un socio è debitore (moroso) nei suoi confronti, può essere citato in giudizio dall'intero corpo, che agisce verso di lui come soggetto giuridico indipendente. Il principio generale, valido anche per il singolo membro che persegua il corpo, è che il giudice ordinario è il solo competente, poiché decidere le controversie tra i privati in generale, è manifestazione del potere sovrano, che non spetta ai corpi politici subordinati (178). In conseguenza è solo il giudice dello Stato (e non il corpo politico) che può ordinare atti esecutivi come il sequestro dei beni del socio o l'imprigionamento del debitore (179). Può sembrare strano che Hobbes si

---

(175) *Op. cit.*, ivi.

(176) *Op. cit.*, ivi.

(177) HD, VIII, p. 203. Alla n. 5 richiama Hobbes tra coloro che esitavano, citando il passo riportato alla n. 174 *supra*. Holdsworth ricorda che una delle prime charters a menzionare espressamente la responsabilità limitata dei soci fu quella della già citata concessione ai fabbricanti di amido, del 1623: cfr. CARR, *Introduction*, cit., pp. xvii-xx, sp. p. xviii.

(178) *Lev.*, XXII, p. 152.

(179) *Op. cit.*, p. 153; se queste persone giuridiche potessero procedere a tali atti « by their own authority » allora sarebbe come dire che esse « by their own authority give judgement that the debt is due »; e questo non significherebbe altro che « to be judge in their own cause », principio incompatibile con l'esistenza stessa della società civile e dello Stato.

preoccupi di negare ai *systemata mercatorum* simili poteri, ma proprio questi erano tra quelli richiesti ed accordati <sup>(180)</sup>.

In relazione al tipo storico del *systema* rappresentato dai « *bodies incorporated for the better ordering of their trade* », la posizione di Hobbes appare quindi abbastanza articolata. Questi corpi rappresentano il punto d'arrivo di tutta un'evoluzione delle associazioni mercantili, iniziatesi con la trasformazione dell'Inghilterra in Stato moderno. Lo Stato sentiva il bisogno di sviluppare il commercio estero del paese e questo non poteva avvenire che mediante il controllo più completo possibile su di esso: il moderno Stato territoriale sovrano vedeva in questa organizzazione una delle fonti del suo mantenimento e della sua nascente potenza <sup>(181)</sup>. Hobbes, come ricorda Holdsworth, è stato uno dei più decisi tra i sostenitori del controllo sovrano su tutto il commercio oltremare <sup>(182)</sup>. Nel cap. XXIV del *Leviathan* egli scrive che il sovrano ha sia il potere di distribuire (*sell or give away*) le terre in patria, sia quello di stabilire « in quali luoghi e per quali merci » i sudditi « potranno commerciare all'estero ». Se i privati avessero una libertà indiscriminata in tal senso, l'avidità di guadagno potrebbe spingerli a fornire al nemico mezzi atti a danneggiare lo Stato o a danneggiarlo essi stessi importante beni voluttuari dannosi agli abitanti <sup>(183)</sup>. Ora, tale regolamentazione fu perseguita dalla Corona servendosi ampiamente della incorporazione della società commerciale, anche se questa dava vita a forme differenziate (*regulated companies, joint-stock companies*) a volte nemmeno ben distinte tra di loro <sup>(184)</sup>. Ora, la personalità giuridica era vantaggiosa sia per la corona che per i mercanti « non tanto perché creava una persona artificiale distinta dai suoi membri [non tanto

<sup>(180)</sup> Sulla vasta gamma di questi poteri: HD, IV, pp. 302-3, 320; VIII, pp. 200-I, che si basa in larga misura su CARR, *Introduction*, cit.

<sup>(181)</sup> Per la nascita e lo sviluppo del mercantilismo in Inghilterra, mi sono basato sull'analisi contenuta in HD, IV, pp. 294-407, sp. pp. 314-326 e 332-340, per ciò che riguarda il commercio estero.

<sup>(182)</sup> HD, IV, cit., p. 318 n. 3, citando il passo di cui alla nota n. 183 qui di seguito.

<sup>(183)</sup> *Lev.*, XXIV, pp. 163-4.

<sup>(184)</sup> Su tutto ciò: HD, IV, pp. 319 ss. (n. 5 di p. 319 per la differenza non sempre netta tra i due tipi di compagnie) e ID., VIII, pp. 206 ss.; CARR, *Introduction*, cit., p. XXI, cit.

per astratti motivi teorici], quanto perché dava vita ad un'entità fornita di determinati poteri di governo e di privilegi commerciali». Più che per il vantaggio commerciale in senso stretto dei privati, che sarebbe apparso meglio nella seconda metà del Seicento, con il pieno affermarsi della compagnia a società per azioni, questa forma giuridica era apprezzata dal punto di vista « dell'organizzazione del commercio » e « della politica estera » (185). Con questa forma di organizzazione, la corona poteva controllare meglio le attività mercantili dei suoi sudditi e trarne notevoli vantaggi economici e politici. I mercanti, spesso impegnati anche in un'opera di scoperta e colonizzazione, richiedevano allora nelle loro petizioni di incorporazione veri e propri poteri sovrani; autogoverno, potere di imporre tasse ai propri membri, di decidere le loro controversie; di autodifesa contro i pirati ed altri nemici; privilegi di monopolio nel commercio specifico ed esenzione dall'osservanza delle leggi ordinarie in materia di tariffe e dogane (186).

La concezione hobbesiana dello Stato e della persona giuridica subordinata non può che fornire elementi per la giustificazione teorica della politica di potenza dell'Inghilterra, sia perché in generale Hobbes considera i rapporti tra Stati come rapporti tra individui nello Stato di natura, che hanno nella guerra un modo perfettamente legittimo di esser regolati, sia perché, più in particolare, egli accetta, come espressione inevitabile e quasi necessaria di una volontà sovrana, sia l'istituzione di colonie che la ricerca di un predominio commerciale attraverso le chartered companies e lo sviluppo della flotta (187). Tuttavia, Hobbes auspica dei limiti al potere che, in questo quadro, i corpi subordinati fini-

(185) HD, VIII, pp. 201-2.

(186) HD, VIII, pp. 200-201, cit.

(187) I rapporti tra Stati sono concepiti come rapporti tra individui nello Stato di natura: « but withal, they live in the condition of perpetual war, and upon the confines of battle, with their frontiers armed, and cannons planted, against their neighbours round about » (*Lev.*, XXI, p. 140). Per la giustificazione delle colonie, come inevitabile strumento di espansione degli Stati, cfr. *op. cit.*, cap. XXX, p. 227: le colonie contribuiscono allo sviluppo degli Stati e della popolazione del mondo: « and when all the world is overcharged with inhabitants, then the last remedy of all is war; which provideth for every man, by victory, or death » (*op. cit.*, ivi). Nel *Behemoth*, difende la politica navale inglese contro l'Olanda: cfr. E.W., 6, cit., p. 383 ss.

vano con l'avere, limiti che appaiono anch'essi una conseguenza necessaria della sua teoria politica. E questi limiti, come si è visto, concernono il concetto del monopolio e la competenza della corporazione a decidere le controversie e ad agire in via esecutiva come se fosse un potere statale. In ordine al primo va ricordato che Hobbes pone l'esistenza di monopoli tra le cause di *dissoluzione* dello Stato: la sua avversione per il ceto dei mercanti è sempre attiva ed operante <sup>(188)</sup>. In questa sua posizione polemica Hobbes sembrerebbe condividere il punto di vista dei giuristi, che, con Coke alla testa, osteggiavano manifestamente i privilegi delle compagnie, perché manifestazione di un potere del monarca non controllato dal common law (la mera *prerogative*) e perché nemici della libera concorrenza. Ma il concetto che Coke poteva avere della libertà di commercio era quello di una libertà « che non fosse arbitrariamente limitata da norme non appartenenti al common law »: non si tratta quindi della libertà di commercio tout court, secondo criteri moderni, ma pur sempre di una regolamentazione ad opera dello Stato, che intervenga però sulla base dei principi del common law <sup>(189)</sup>. Naturalmente Hobbes non si sarebbe mai potuto identificare in un punto di vista del genere: per lui arbitrarie sarebbero state invece le limitazioni imposte in base al solo common law, assunto come fonte di diritto indipendente dalla

---

<sup>(188)</sup> Nel cap. XXIX del *Leviathan*, egli considera i monopoli tra le cause di dissoluzione dello Stato, accanto agli abusi degli appaltatori delle imposte; entrambi provocano la concentrazione della ricchezza in poche mani: « and that is, when the treasure of the commonwealth, flowing out of its due course, is gathered together in too much abundance, in one, or a few private men, by monopolies, or by farms of the public revenues » (*op. cit.*, p. 217). Il testo latino è molto più sfumato: « nimirum, quando divitiae publicae extra alveum proprium in unum vel paucos cives confluent » (O.L., 3, cit., p. 238).

<sup>(189)</sup> HD, IV, p. 350. Coke, come nota Carden, si esprimeva sulle società commerciali in termini simili a quelli di Hobbes: tra le cose « most commonly hurtful to the commonwealth » vanno considerate anche le « new corporations trading into foreign parts and at home, which under the fair pretence of order and government, in conclusion tend to the hinderance of trade and traffique, and in the end produce monopolies » (Co. Inst. 2nd part, vol. 2, p. 539, cit. da CARDEN, *art. cit.*, p. 330). Sulla posizione antimonopolitistica di Coke, cfr. anche C. HILL, *Sir Edward Coke: il fabbricatore di miti*, in *Le origini intellettuali della rivoluzione inglese*, tr. it. A. Ca' Rossa, Bologna, 1976, pp. 317-371, sp. pp. 325-336).

volontà del sovrano. La circoscrizione o la non concessione dei privilegi di monopolio va invece fondata sulle motivazioni essenzialmente *antropologiche* che sono alle radici del concetto della sovranità: e la malvagità della natura umana appare qui nella forma di avidità dei mercanti, che i tanti privilegi soddisfano con grave pericolo per lo Stato. Non è quindi il diritto comune che può modificare una simile realtà, dato che la stessa malvagità vi può comparire sotto forma di ambizione dei giudici, ma la stessa volontà che ha concesso troppa libertà ai mercanti: quella del Sovrano. Ed anzi Hobbes sembra voler proporre una riforma del regime esistente auspicando, come si è visto, l'instaurazione di una forma mista fra monopolio e libera concorrenza. Lo stesso dicasi per il potere di decidere controversie e per il dovere di pagare i tributi: l'uno e l'altro devono essere ricondotti interamente al potere sovrano e regolamentati secondo i criteri della legge ordinaria. Perciò, l'inquadramento teorico dei *systemata* subordinata ad *regulanda negotia mercatorum* costituita, realtà emergente del diritto positivo, per di più creata dalla espressa volontà del monarca, è accompagnato da una sorta di riserva mentale che risulta dalla costante tendenza di Hobbes a toglier loro, per quanto possibile, ogni forma di potere in cui appaiano funzioni sovrane e da cui vengano eo ipso pericoli per la sovranità e l'unità dello Stato, senza per questo volerli ovviamente condurre sotto l'imperio del *common law*.

C. Nelle altre due figure di *systemata* storici, che sono, come si è detto, le corporazioni per il governo delle colonie e i parlamenti in quanto corporazione temporanea, Hobbes mostra un'uguale, coerente applicazione delle sue teorie. I parlamenti vengono incasellati dal Nostro nella categoria delle persone giuridiche « temporanee ». Anche le corporazioni municipali e mercantili, egli nota, possono esser costituite solo per un tempo determinato, ma in genere ciò risulta espressamente « *by writing* » ossia dalle lettere patenti: invece nel caso dei parlamenti la loro durata temporanea è intrinseca « alla natura di ciò che devono fare » <sup>(190)</sup>, senza bisogno

<sup>(190)</sup> *Lev.*, XXII, p. 153. Come si è visto, Gierke ha per primo notato che questi corpi subordinati pro tempore, sono in realtà i parlamenti (cfr. par. 3 e n. 70 di questo saggio).

di espressa menzione nell'atto di convocazione. Hobbes non usa il termine parlamento ma quello di « corpi politici per consigliare il sovrano », costituiti da *deputies* (per *deputatos suos*), rappresentanti eletti dalle città e provincie su ordine del sovrano e convocati dallo stesso in forma di deputazione per « informarlo » dello stato e dei bisogni dei sudditi o « per consigliarlo » ai fini della legislazione o per qualsiasi altro motivo <sup>(191)</sup>. A questi corpi consultivi vengono dati nel decreto che li convoca, « un luogo e un termine (*time*) per riunirsi »: perciò, in *questo* luogo e *per il tempo* in cui sono riuniti, costituiscono una « persona giuridica, che rappresenta ogni suddito di quello Stato », ma solo per gli argomenti per i quali il sovrano (re o assemblea) li ha convocati <sup>(192)</sup>. E quando il sovrano dichiarerà che non c'è più bisogno dei loro consigli e delle loro discussioni, « the body is dissolved » <sup>(193)</sup>. Come si giustifica la personalità giuridica di questi corpi ed è esatto ritenere, sulla falsariga di Gierke, che in essi Hobbes voglia definire alla sua maniera la natura giuridica del parlamento? I requisiti tecnici della personalità, desunti sia dalle categorie hobbesiane che dal diritto vigente sembrano presenti in maniera sufficiente. C'è una *autorizzazione legittima* nella forma di un provvedimento che istituisce le deputazioni e le convoca: un breve del sovrano che costituisce l'analogo della concessione nelle lettere patenti; c'è un *rappresentante*, che è la assemblea rappresentativa di tutti gli abitanti dello Stato; c'è una precisa *delimitazione* delle funzioni o facoltà, più ancora che dei poteri, che questo corpo può esercitare, tanto che il popolo può scegliere questi suoi rappresentanti temporanei *solo* per quegli scopi indicati dal sovrano « in the writing directed to them » <sup>(194)</sup>; la *subordinazione* del corpo al Sovrano e alla sua legge, non potrebbe essere più completa, dal momento che qui si ha un'istituzione intrinsecamente *pro tempore*,

<sup>(191)</sup> *Lev.*, ivi; O.L., 3, p. 178. Nel testo latino non usa mai l'endiadi corrispondente a « sovereign monarch », « sovereign assembly » ma solo *monarcha*.

<sup>(192)</sup> *Lev.*, cit., ivi: « such deputies, having a place and a time of meeting assigned them, are there, and at that time, a body politic, representing every subject of that dominion »; « deputati illi simul ac loco et tempore a summa potestate constituto convenerint, ibi et tunc systema sunt regulare » (O.L., cit., ivi).

<sup>(193)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(194)</sup> *Op. cit.*, ivi.

che nasce sapendo già di essere destinata ad esser sciolta dalla unilaterale manifestazione di volontà del Sovrano che l'ha chiamata in vita; infine c'è anche la presenza di un altro dei requisiti formalmente necessari alla personalità giuridica: il *luogo*, ovvero l'equivalente della sede ufficiale in cui questa entità può esercitare le sue funzioni. In base a questi elementi si può quindi ammettere l'esistenza di un *systema* regolare subordinato, il cui rappresentante è una *assemblea* eletta su base municipale e territoriale da tutta la comunità <sup>(195)</sup>.

Ma questi corpi consultivi possono essere paragonati al parlamento, nella accezione seicentesca, già quasi moderna del termine o non si tratta invece di forme rappresentative secondarie, ancora concepite all'insegna del municipalismo medievale? Che Hobbes si riferisca al vero e proprio parlamento, convocato dal sovrano, nell'esercizio legittimo della sua *prerogative*, risulta chiaramente da due considerazioni. Dal fatto che questi corpi consultivi non sono meramente locali ma rappresentano « every subject of that dominion » ossia *tutti* i sudditi, dando vita in tal modo ad una rappresentatività veramente nazionale; dal fatto stesso che Hobbes precisi non doversi attribuire a questi *systemata* alcuna parte del potere sovrano. Essi rappresentano il popolo, come il sovrano, ma in modo non « assoluto », bensì subordinato alla volontà del sovrano: se la loro rappresentanza fosse « assoluta » sarebbero invece essi « l'assemblea sovrana », e allora ci sarebbero nello Stato « two sovereign assemblies, or two sovereigns over the same people », il che è dal punto di vista della teoria assurdo perché « contraddittorio con la sua pace », con la pace e il bene del popolo <sup>(196)</sup>, la cui conservazione giustifica la sovranità.

---

<sup>(195)</sup> Secondo questa interpretazione, il parlamento è il rappresentante della persona artificiale, che quindi ricomprende anche tutti gli elettori, in quanto pro tempore rappresentati. Se invece la persona artificiale, come sembra voler dire Hobbes, coincide con il parlamento stesso, quest'ultimo farebbe coincidere in sé stesso corpo e rappresentanza, come le società commerciali, in cui (come si è visto) tutti i membri del corpo artificiale fanno parte del coetus rappresentativo. Non si può infatti ammettere che il parlamento sia privo di rappresentante, perché questo lo renderebbe un *systema* irregolare, il che è inconcepibile.

<sup>(196)</sup> *Op. cit.*, ivi; versione latina: « essentque in eodem populo summae potestates duae; id quod cum pace et salute populi fieri non potest » (O.L., 3, pp. 178-9).

Questi corpi consultivi, vere persone giuridiche, soggetti di diritto pubblico, sono rappresentativi dell'intera comunità ma non sono sovrani, né in tutto né in parte. Secondo lo schema della teoria, possono esser convocati anche dal Sovrano che sia un coetus: ma questo è l'esempio astratto mentre la realtà storica (inglese) si esprime nell'altra fattispecie considerata dalla teoria, cioè quella in cui è il re a convocare (e a sciogliere) questo corpo consultivo, il re con tutti i suoi attributi di pieno ed unico sovrano. Un certo carattere astratto rimane nell'indicazione data da Hobbes del carattere solo territoriale e municipale della rappresentanza parlamentare, mentre storicamente la componente della camera alta (spiritual e temporal) non poteva esser ricondotta a requisiti giuridici di questo tipo <sup>(197)</sup>. In realtà questi corpi consultivi ricordano chiaramente i parlamenti medievali, il cui fantasma Hobbes sembra in effetti voler riesumare, evidentemente in opposizione alle teorie dei giuristi alleati del parlamento, favorevoli allo sviluppo dei suoi poteri in senso sempre più sovrano. Coke aveva infatti affermato che il parlamento era ben più che una corte di giustizia, anche se suprema, dal momento che in esso erano rappresentati il re e i tre stati del regno; esso era ormai diventato « the great corporation or body politick of the kingdom », e per questo godeva degli ampi poteri che da tempo aveva cominciato a manifestare <sup>(198)</sup>. Coke si basava, come sempre, sull'autorità dei giudici dello Year Book. Già nel 1366 troviamo presso di essi l'affermazione che « il parlamento rappresenta l'intero corpo del regno » e nel 1522 il già citato Fineux C. J. affermò « Auxy est Corporacion per le Common Ley come le Parliament du Roy et Seigneurs et les Commons sont un Corporacion » <sup>(199)</sup>. Nel pensiero dei giuristi il parlamento viene ad essere *la* corporazione fondamentale, ovviamente *sulla base del* common law, che giustifica contemporaneamente la sovranità del re e delle due ca-

---

<sup>(197)</sup> Su questi requisiti o *qualifications* cfr. *Bl. Comm.*, I, cit., pp. 151-154.

<sup>(198)</sup> COKE, *Fourth Instit.*, 2, cit. in HD, IV, p. 184

<sup>(199)</sup> Ho tratto queste citazioni rispettivamente da HD, II, p. 436 e HD, IV, p. 184 cit. (che rileva la dipendenza di Coke dai precedenti) nonché da LUBASZ, *art. cit.*, p. 236 n. 28 già citata.

mere, facendola essere in un unico corpo <sup>(200)</sup>. La risposta di Hobbes consiste nell'inquadrare il parlamento nella sua teoria generale delle persone giuridiche, in conseguenza della quale esso regredisce ad istituzione meramente consultiva e perciò integralmente sottoposta al placitum del sovrano. Questo parlamento non può avere una personalità giuridica *propria* ossia di diritto comune, indipendentemente dalla volontà del monarca, ma solo in conseguenza dell'autorizzazione di quest'ultimo: non gli possono essere allora ascritti poteri sovrani. Hobbes riepuma dunque effettivamente i parlamenti del passato, che erano più un « colloquio » che un vero « corpo » <sup>(201)</sup>, sotto l'apparenza di inquadrarli in una teoria moderna delle istituzioni. Se il suo punto di vista appare qui antistorico, va però detto che non è privo di una sua legittimazione, nel senso che esso esprime una interpretazione della *prerogative* regia, dimostratasi politicamente perdente più che giuridicamente infondata. Hobbes infatti si mantiene sempre fedele al suo canone per così dire decisionistico, come a un principio essenziale del diritto pubblico <sup>(202)</sup>. E cioè: veramente sovrana è solo quell'istituzione che, secondo la costituzione, ha il potere di decidere in ordine alla vicenda giuridica di un'altra (di ogni) istituzione dello Stato, che quindi le sarà subordinata. La natura e il destino giuridici del corpo rappresentativo dei sudditi non sono nelle mani del corpo stesso ma dipendono dal monarca, che è l'istituzione competente a decidere la convocazione e lo scioglimento di quel corpo. Poiché la sovranità deve essere per sua natura una e indivisibile, solo quell'Uno che ha *quel po-*

---

<sup>(200)</sup> Nel nostro secolo Pollock scrive: « By the way, one writes nowadays of the will of Parliament quite naturally, though Parliament is assuredly no corporation in the legal sense » (*art. cit.*, p. 222): non lo è cioè in senso formale, per opera di una concessione sovrana o di una legge (del parlamento stesso), ma sulla base del diritto comune, by prescription. Il tentativo di Hobbes è invece proprio quello di mostrare come il parlamento possa essere concepito dalla teoria quale « corporation in the legal sense » (e quindi subordinata).

<sup>(201)</sup> Su questo punto: HD, IV, p. 173; MAITLAND, *Memorando de Parlamento*, in *Selected Essays*, cit., p. 48.

<sup>(202)</sup> Sul decisionismo di Hobbes, cfr. C. SCHMITT, *Il problema della sovranità*, tr. it. P. Schiera in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, pp. 43-59, sp. pp. 57-58 e *Il concetto di 'politico'*, *op. cit.*, p. 153.

tere sarà il Sovrano ed è impossibile che questo potere sia esercitato contemporaneamente e con la stessa legittimazione da più soggetti di diritto pubblico. Il fatto che il parlamento sia di per sé rappresentativo dei sudditi non è sufficiente, da un punto di vista hobbesiano, a farne un organo sovrano: in quanto rappresentativo non è *per ciò stesso* sovrano; lo è se riesce ad esercitare *quei* poteri che caratterizzano la sovranità. E allora questi corpi consultivi rappresentativi di tutti o sono subordinati alla *prerogative* regia o devono esser loro ad esercitarla, diventando *monarca*.

Lo sviluppo storico successivo ha dato torto a Hobbes perché il concetto assoluto della sovranità non si è affermato nelle istituzioni nel modo da lui auspicato. La costituzione inglese ha mantenuto quella *forma mista* che secondo Blackstone costituiva « the true excellence of the English government » <sup>(203)</sup>. Al di là delle apparenze, il conflitto tra monarchia e parlamento si è risolto però attribuendo a quest'ultimo l'esercizio *effettivo* della *prerogative*, nel rispetto meramente formale di quella del re. I politici del Settecento, nota Holdsworth, hanno risolto i conflitti del secolo precedente grazie al meccanismo costituzionale del governo di gabinetto, ossia con « il porre i poteri della *prerogative* a disposizione della maggioranza della Camera dei Comuni » <sup>(204)</sup>. Il dualismo istituzionale è stato allora risolto anche secondo l'apoteigma hobbesiano, che la sovranità non può esser divisa ma deve esser esercitata da *una sola* persona artificiale, che da subordinata deve allora farsi sovrana.

La « persona giuridica per consigliare il sovrano » mostra dunque una immediata applicazione della teoria della persona giuridica ad uno degli aspetti più delicati della realtà politica del tempo, e mostra nello stesso tempo le implicazioni politiche assolute di quella teoria. Nei confronti degli organi di governo delle *colonie*, da poco istituiti nel continente americano, Hobbes si mostra invece più duttile. Egli si pone il problema su quale sia il modo migliore per governare una colonia. La colonia è assimilata alla figura della *provincia*, ben nota agli antichi Romani.

<sup>(203)</sup> *Bl. Comm.*, I, p. 150.

<sup>(204)</sup> HOLDSWORTH, *The Influence of the Legal Profession on the Growth of the English Constitution*, saggio del 1924, rist. anast., Aalen, 1977, p. 30.

La provincia, dal significato originario di « carica o incarico », ricorda Hobbes, è passata ad indicare quelle parti, le provincie, di uno Stato « in cui il sovrano non è residente ma governa per mandato (*commission*) » (205). I Romani, che hanno avuto grande esperienza in materia, a dire il vero non hanno mai governato le loro provincie — prosegue Hobbes — mediante organi collegiali (*assemblies*), non hanno cioè esportato il sistema di governo originario della città di Roma, ma si sono sempre affidati a governatori (*praesides, praetores*) (206). Una esperienza simile si è fatta per le colonie inglesi in Virginia e alle Bermude. Il loro governo è stato affidato dal sovrano a dei consigli (*assemblies*) insediati a Londra, i quali però si sono affidati in loco a dei governatori e non ad altrettanti consigli (207). Questo modo di agire è per Hobbes *naturale*, nel senso che gli uomini, quando devono affidare a terzi il governo dei loro affari o beni, non si affidano in genere ad un'assemblea o consiglio ma ad un singolo individuo, p.e. a *un* domestico piuttosto che a un consiglio di amici (208). Il governatore di una colonia è quindi giustificato, come figura, dall'esperienza storica antica e moderna che mostra (evidentemente) una tendenza costante dell'animo umano. Il tipo di potere del *praeses provinciae* o governatore che dir si voglia, è un potere commissario: egli ne è infatti investito *by commission*, perché il sovrano non si spoglia dei poteri della sovranità ma solo del loro *esercizio*, anzi dell'esercizio di alcuni, delegandolo ad un soggetto che acquista la figura di « public minister » (209). Tuttavia, nonostante queste considerazioni Hobbes ammette che « il governo di una provincia o colonia può essere affidato ad una assemblea ». Per questo organo collegiale si applicheranno, senza particolari problemi, i principi generali dianzi esposti in ordine alle obbligazioni patrimoniali da contratto e da atto illecito (210).

(205) *Lev.*, XXII, pp. 149-150.

(206) *Op. cit.*, ivi.

(207) *Op. cit.*, ivi.

(208) *Op. cit.*, ivi.

(209) *Lev.*, cap. XXIII, cit., sul concetto di « public minister », p. 156 ss. (cfr. n. 78 *supra*).

(210) *Lev.*, XXII, p. 150.

In realtà l'ipotesi ammessa da Hobbes non è meramente teorica ma riflette invece la realtà che si stava cominciando ad imporre nelle colonie americane. Come è noto, le Chartered Companies create dalla politica di espansione oltremare della corona inglese si stavano sviluppando come governi in loco, sempre più indipendenti dall'organo che risiedeva nella madrepatria ed istituzionalmente sempre più orientati nella forma della assembly<sup>(211)</sup>. A queste compagnie venivano riconosciuti caratteri misti, ossia i tratti delle antiche organizzazioni mercantili unitamente a quelli delle società commerciali più moderne: si garantiva loro « un certo territorio, riconoscendo che doveva esser governato » e si richiedevano nello stesso tempo determinate caratteristiche, tipiche della personalità giuridica, quali p.e. possedere « one common Seale »<sup>(212)</sup>. Ma la loro peculiarità, gravida di sviluppi per il futuro, era proprio quella di vedersi attribuiti veri e propri poteri statali. Così p.e. la seconda Charter della Virginia, concessa nel 1609, attribuiva alla compagnia prerogative sostanzialmente sovrane. Ad essa venivano conferiti « autorità e potere pieni ed assoluti di correggere, punire, perdonare, governare e dirigere » tutti « quei Nostri sudditi » che potessero recarsi in Virginia e trovarsi sotto la giurisdizione della compagnia. Ugualmente la First Charter of Massachussets, del 1628, creava « one body corporate and politique in fact and name », a cui conferiva l'esercizio dei poteri di governo<sup>(213)</sup>.

Di fronte a tale consolidata realtà, che ormai costituiva parte integrante del diritto inglese, Hobbes si preoccupa di delimitare la competenza degli organi che, pur risiedendo in Inghilterra, in

---

<sup>(211)</sup> Sul punto: CARR, *Introduction*, cit., pp. LXXXI-XCIII; HD, IV, pp. 337-340; MAITLAND, *The Crown as a Corporation*, cit., in *Selected Essays*, cit., sp. pp. 117-120; P. S. REINSCH, *The English Common Law in the early American Colonies*, saggio del 1899, in *Sel. Essays in Anglo-american legal History*, cit., I, pp. 367-415, sp. pp. 372-379; E. LATHAM, *The Body politic of the Corporation*, in *The Corporation in modern Society*, a cura di E. S. Mason, Harvard, 1959, pp. 218-235 e pp. 318-322, sp. pp. 220-223; FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, 1973, pp. 29-42.

<sup>(212)</sup> FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 33.

<sup>(213)</sup> LATHAM, *art. cit.*, pp. 218-223, p. 221. Sui poteri conferiti dalle lettere patenti: CARR, *op. cit.*, pp. LXXXIII, LXXXVII.

teoria governano la colonia (« an assembly resideng out of the bounds of that colony whereof they have the government »). Ciò dimostra che Hobbes non tiene in considerazione gli sviluppi che pure cominciavano a manifestarsi verso una piena autonomia locale di amministrazione e governo. Comunque sia, egli afferma che questi organi non possono esercitare alcuno dei loro poteri su di un residente della colonia e sui suoi beni, quando costui si trovi al di fuori della stessa, al di fuori cioè della competenza territoriale della loro giurisdizione. In questo caso il soggetto deve esser perseguito in base ai rimedi che « the law of the place » in cui al momento si trovi « consenta loro » <sup>(214)</sup>. Ciò significa all'atto pratico, che il residente della colonia che si trovi in Inghilterra non può esser perseguito in base alla normativa speciale della colonia ma solo in base al diritto inglese, che si applica per l'appunto in Inghilterra come *law of the land*. Hobbes sente quindi la necessità di riaffermare un principio di carattere generale, quello della competenza territoriale di un ordinamento giuridico, per evitare la possibilità, che la teoria sia costretta ad ammettere, di un conflitto di poteri tra l'organo coloniale e quello della madrepatria. Anche se essa appare riferita ad una forma istituzionale che nella pratica era già in via di estinzione, questa delimitazione di competenza era poi per Hobbes un altro modo per manifestare, la sua opposizione all'eccessiva indipendenza e all'abuso di poteri, che caratterizzavano spesso le compagnie dei Merchant Adventures of England, e quindi un corollario della sua opposizione ai monopoli. Perciò, egli scrive, che se l'assemblea di una di queste compagnie coloniali, « ha diritto di far pagare un'ammenda ad un proprio membro trasgressore » (diritto il cui esercizio mostra l'attribuzione di poteri sovrani), tuttavia « non ha alcun diritto ad esigerla fuori della colonia », cioè in sostanza in Inghilterra. Va inoltre considerato il fatto che Hobbes, a conclusione di questa sua breve disamina, afferma che quello che ha appena scritto « a proposito dei diritti di un organo collegiale per il governo di una provincia o colonia », deve ritenersi del tutto applicabile anche « agli organi collegiali per il governo e l'amministrazione di una città, un'università, college, chiesa o per qualsiasi altra for-

---

<sup>(214)</sup> *Lev.*, XXII, p. 150.

ma di amministrazione delle persone degli uomini » (215). Da questa precisazione sembra evidente doversi concludere che Hobbes cerca di elidere le novità presenti nei *bodies politic* per l'amministrazione delle colonie, limitandole a semplici problemi di competenza territoriale, perché in definitiva quei corpi non si distinguerebbero in generale dalle tradizionali corporazioni *municipali* o da ogni altra forma a queste ultime riconducibile. La città, l'università, il college, la chiesa (ora nel senso dell'istituzione anglicana e conformista), sono per l'appunto, accanto alle gilde, le tipiche espressioni della personalità giuridica subordinata, in quello Stato monarchico di cui Hobbes sublima le tendenze accentratrici. Come per le nuove forme dei *systemata mercantili*, il Nostro si mostra dunque sostanzialmente impermeabile alla realtà nuova che stava affermandosi, troppo lontana dalla sensibilità dei contemporanei e dai rigidi schemi del filosofo.

7. Accanto alle persone giuridiche o *systemata politici regolari*, i cui caratteri si è cercato di analizzare anche nel loro complesso rapporto con la realtà giuridica e politica del tempo, vanno poi considerati quelli che Hobbes chiama « corpi privati » e i *systemata irregolari*. I primi sono *systemata regolari*, leciti od illeciti, e si estendono dalla famiglia alle associazioni criminali. Il fatto che Hobbes li equipari alle persone giuridiche, in quanto realtà sociali che appartengono a pari titolo all'ordinamento giuridico, non può non aver contribuito a far nascere in Santi Romano la convinzione di un « istituzionalismo » del filosofo di Malmesbury. Questi « corpi » sono « privati » perché « costituiti dai sudditi tra di loro », per esclusiva iniziativa personale, senza alcun intervento dello Stato, cioè senza « lettere o altra autorizzazione scritta ». Ma Hobbes precisa subito, in modo che può apparire curioso, che essi possono nascere anche mediante *autorizzazione* di un terzo non cittadino (*by authority from a stranger*). In questo caso, pur avendosi la costituzione di un *systema* mediante concessione da parte di un'autorità, non può esserci una vera persona giuridica, perché « l'autorizzazione data da un po-

---

(215) *Op. cit.*, *ivi*, per tutti questi passi.

tere straniero non è pubblica ma solo privata nell'ambito di un altro Stato » (216). L'autorizzazione, come atto giuridico, si rivela qui un mero atto privato, come se fosse il frutto di un semplice accordo tra singoli, impossibilitato ad esprimere gli effetti giuridici cui mira: costituire una persona giuridica. La fonte da cui proviene l'autorizzazione, per via della sua non appartenenza all'ordinamento, è quindi tale da togliere all'atto il significato che vuole avere: atto pubblico di concessione della personalità. E ciò accade in conseguenza dell'applicazione di un principio generale in ordine ai rapporti tra gli Stati o tra lo Stato ed un ente ad esso estraneo, principio che non abbisogna nemmeno di una dimostrazione specifica, tanto appare evidente, e che è a sua volta conseguenza diretta del concetto della sovranità, una, indivisibile e terrena dello Stato moderno, *superiorem non recognoscens*.

Ma perché un'autorità straniera dovrebbe preoccuparsi di creare una associazione con i caratteri della persona giuridica tra i cittadini di un altro Stato e in quello stesso Stato? L'argomentazione hobbesiana va evidentemente interpretata in controtuce, tenendo presenti gli oggetti di certe sue profonde avversioni. Lo scopo di Hobbes sembra esser quello di far considerare come semplici organizzazioni private, sfornite di personalità giuridica, quelle organizzazioni, come p.e. gli enti ecclesiastici cattolici, che naturalmente pretendevano da parte dello Stato il *riconoscimento* della personalità loro attribuita da un'autorità extra-statale quale la Chiesa. Perciò, nell'architettura dei *systemata*, *questo* « corpo privato » creato da un'autorità, che è però extra-statale, non dimostra l'esistenza di un procedimento speciale (accanto al modo ordinario) per il venire in essere dei corpi privati, ma solo che ci si trova in presenza di un *caso anomalo* di persona giuridica, che sarebbe tale dal punto di vista del procedimento e della sua struttura ma non può poi concretamente esserlo a causa della natura della *fonte* che l'ha istituita. Naturalmente, dopo Enrico VIII, gli enti ecclesiastici non costituivano più una realtà dotata di

---

(216) *Op. cit.*, p. 146. Circa la precisazione di Hobbes che i corpi privati sono legittimi senza bisogno di « letters, or other written authority », questa « altra autorizzazione scritta », diversa dalle lettere patenti, può riferirsi al « writ of summons » con cui il monarca convoca il parlamento, che il Nostro, come si è visto, equipara di fatto alle lettere patenti.

una sua indipendenza giuridica, perché erano stati soppressi o subordinati al diritto positivo dello Stato <sup>(217)</sup>. Però Hobbes si preoccupa ugualmente nel *Leviathan* di combattere il Papato e la Chiesa, respingendone a priori la pretesa di essere un'istituzione la cui missione ultramondana giustifichi l'autonomia politica e giuridica che essi esigono dallo Stato. Ciò è incompatibile con il concetto hobbesiano della sovranità e con l'ateismo mascherato del filosofo, per il quale l'unica forma accettabile di Cristianesimo è quella strumentale dell'Anglicanesimo inventato dai Tudors: una Chiesa di Stato con il Sovrano a capo, o comunque del tutto dipendente dal Sovrano in quanto soggetto giuridico <sup>(218)</sup>. In conseguenza di ciò, egli nega in sostanza che la Chiesa cattolica sia una *persona*, che cioè possa in sé legittimamente considerarsi un soggetto indipendente dal punto di vista del diritto pubblico; sostiene infatti che la sua legittimazione iniziale (come persona, *systema dei credenti*) le è venuta non da se stessa ma dagli imperatori romani, dal potere temporale. Ed è sempre in base a quella ormai remota autorizzazione del Sovrano un tempo legittimo, che essa è riuscita poi a mantenersi come istituzione universale. Un soggetto giuridico autonomo, una persona giuridica, la Chiesa di per sé non può esserlo, se non viene istituita dal Sovrano temporale: e se non può essere un *systema regolare subordinato* (come la Chiesa anglicana), allora non può essere niente, è una mera organizzazione privata, che anzi costituisce « un regno delle tenebre » e un « fantasma incoronato » <sup>(219)</sup>.

A. Ma consideriamo ora il *systema privato vero e proprio*, prodotto dall'iniziativa individuale di persone fisiche che sono

<sup>(217)</sup> Cfr. HD, I, pp. 588-593; IV, pp. 489-490.

<sup>(218)</sup> Cfr. *Lev.*, cap. XLII, pp. 352-361, e 361-383: la polemica contro Belarmino e le conclusioni.

<sup>(219)</sup> Cfr. *Behemoth*: « for the Popes themselves received the Papacy from the Emperor » (E.W., 6, p. 179); *Lev.*, cap. XLVII, p. 451. Per la negazione hobbesiana del carattere di *persona* alla Chiesa cattolica, cfr. TÖNNIES, *op. cit.*, p. 261 e per il rapporto tra Stato e Chiesa, *ibidem*, pp. 259-264. Del tutto correttamente, Tönnies sostiene che avevano visto bene gli avversari di Hobbes, i quali sostenevano che lo scopo vero del filosofo era quello di distruggere « das ganze Kirchenwesen » (ivi, p. 264).

sudditi del Sovrano legittimo. Esso è « regolare » perché in genere ha un rappresentante e può essere legittimo o illegittimo. La distinzione tra *systemata* legittimi e non, vale solo per i « corpi privati », che sono privi della personalità giuridica in senso formale. Le persone giuridiche, istituite da una manifestazione di volontà dello Stato, sono sempre legittime (*lawful*). Come potrebbe infatti lo Stato costituire un soggetto giuridico illegittimo? Si dovrebbero ammettere nel Sovrano degli scopi illeciti, contrari ai fini per il raggiungimento dei quali il sovrano esiste. Ma da un punto di vista più specifico, cioè formale, va detto che un'entità artificiale, solo giuridica, creata dalla norma statale, è perciò stesso legittima. Ma quand'è che i *systemata* privati sono legittimi? Quando « sono consentiti dallo Stato ». E che cosa deve intendersi esattamente con l'espressione « *allowed by the Commonwealth* », dal momento che i corpi privati non necessitano di autorizzazione espressa, di lettere patenti per acquisire rilevanza giuridica, per essere cioè delle associazioni legittime secondo il diritto? I corpi privati « regolari e legittimi » vengono costituiti senza « lettere o qualsivoglia autorizzazione scritta » ma in modo che « siano rispettate le leggi comuni a tutti gli altri sudditi »<sup>(220)</sup>. Il che si può intendere in due modi: che lo Stato ammette questi corpi come validi se istituiti secondo le norme del diritto positivo (che è « comune » a tutti i sudditi) e quindi anche secondo la normativa eventualmente riguardante questi corpi, p.e. la disciplina del matrimonio, nel caso della famiglia. Oppure, più in generale, che qui si ha non una normativa specifica ma un *tacito* assenso dello Stato a siffatti corpi, in quanto non violino il diritto positivo. La prima interpretazione sembra più probabile; ma in ogni caso il principio qui affermato è che la regolamentazione del *systema* privato non può contenere nulla di contrario alle norme del diritto positivo vigente, principio che (secondo il *common law*) vale naturalmente a maggior ragione per le persone giuridiche, i cui statuti, come si è visto, non possono contenere massime « *repugnant to the Law* ». È poi ovvio che il diritto « comune » di cui parla qui Hobbes non è il *common law* ma il « diritto

---

<sup>(220)</sup> *Lev.*, XXII, p. 153.

civile » della res publica razionale, del quale il common law è caso mai solo una parte, da ricomprendersi nella consuetudine autorizzata dal silenzio del Sovrano o nei responsa prudentium espressamente autorizzati; quel diritto « civile » riconducibile alla dichiarazione (o al silenzio) dell'autorità sovrana, unica sua fonte legittima. L'autonomia del rappresentante del corpo privato è quindi sempre condizionata dall'obbligo di rispettare (e magari attuare) le leggi e i principi generali dell'ordinamento giuridico statale.

Si è già notato, come Hobbes indichi quale esempio concreto di questi corpi solo la famiglia, che quindi offre il *tipo* del sistema privato <sup>(221)</sup>. Essa è un corpo privato regolare perché ha un rappresentante, costituito da una sola persona fisica, che è quella del padre. Costui « ordereth the whole family » intesa in senso ampio ed è quindi anche « padrone » nei confronti dei servi <sup>(222)</sup>. Egli può quindi esercitare un potere di costrizione sui figli e sui servi ma solo « per quanto glielo consenta la legge », poiché nessuno può esser legittimamente costretto a compiere azioni contrarie alla legge. Per il resto, finché sono nella famiglia, i figli e i servi sono sottoposti ai padri e padroni « come ai loro sovrani immediati » <sup>(223)</sup>. Il potere del paterfamilias è per sua natura addirittura sovrano, dal momento che « prima dell'istituzione della civitas », il paterfamilias è un « sovrano assoluto » nell'ambito familiare: e di siffatta summa potestas perde solo ciò che la legge dello Stato gli toglie <sup>(224)</sup>. Nello stato di natura, quando mostra già un principio di organizzazione sociale e non è più mero scenario di individui isolati, la famiglia è dunque un'organizzazione dominata da un padrone *assoluto*. Dopo il patto sociale, essa si modifica ma solo nel senso che la potestas del capofamiglia è ora regolata dalle leggi dello Stato, subendo una diminuzione che sembra essere più quantitativa che qualitativa: la *qualità* dell'esser sovrano nella propria sfera privata continua infatti ad inerire al depositario del potere paterno, anche se con le limitazioni imposte dal diritto obbiettivo. La famiglia sembra dunque esser con-

---

<sup>(221)</sup> Cfr. n. 80 *supra*.

<sup>(222)</sup> *Lev.*, XXII, *ivi*.

<sup>(223)</sup> *Op. cit.*, *ivi*.

<sup>(224)</sup> *Op. cit.*, pp. 153-4.

cepita come un'organizzazione prestatuale che lo Stato si limita a riconoscere, o tacitamente o regolandola con le sue leggi. In essa appaiono poi gli elementi sostanziali del body politic ovvero della persona giuridica secondo Hobbes: un *gruppo* rivolto ad un *fine* specifico non meramente individuale, *unito* in un *rappresentante*. E forse anche per questo nel *De Cive* Hobbes sembra attribuire alla famiglia una *intrinseca* personalità giuridica: « *Paterfamilias, liberi servique eius, virtute imperii paterni, in unam personam civilem coaliti, FAMILIA dicitur* »<sup>(225)</sup>. In questa definizione la famiglia è vista nella sua forma compiuta, quando già fa parte dello Stato: però il carattere di « persona civile » ossia la personalità giuridica, sembra esser qui attribuito alla famiglia come tale, indipendentemente dalla legge dello Stato, « per opera (*virtute*) del potere del padre di famiglia », che rappresenta e tiene uniti gli individui del gruppo familiare nella sua persona.

Se tale rilievo è esatto, ci troveremmo di fronte ad un mutamento di prospettiva da parte di Hobbes, che nel *De Cive* vede nella famiglia una persona intrinsecamente *civilis*, poi invece, pur lasciandola inalterata nella sua struttura corporativa, la relega tra i « corpi privati » perché priva dell'elemento formale della personalità, l'atto di concessione del Sovrano. Hobbes non si discosta dunque mai dal modo di concepire la personalità allora dominante, che la considerava come un *privilegio* che doveva esser concesso necessariamente dal Sovrano, caso per caso<sup>(226)</sup>. Essa non poteva quindi nascere mediante la semplice osservanza di norme generali e astratte, in una fattispecie predisposta dall'ordinamento con la legge ordinaria, ma necessitava di un precetto individuale, un vero provvedimento dell'amministrazione, a volte

---

<sup>(225)</sup> O.L., 2, p. 260. Per la traduzione italiana cfr. la traduzione a cura di N. Bobbio in HOBBS, *Opere politiche*, I, cit., p. 206. Su questa definizione della famiglia, cfr. KING, *The Ideology of Order*, cit., pp. 178, 179, 180.

<sup>(226)</sup> Cfr. CARR, *Introduction*, cit., p. XVII: nonostante alcuni tentativi, p.e. la legge 39 Eliz., c. 5, che contemplava il conferimento *automatico* della personalità giuridica a tutti gli ospedali o case di correzione che dovessero esser fondati nei venti anni successivi, bisogna dire che « incorporation remained particular, not general; a body politic needed either a statute or a royal patent, of its very own ». (Questa impostazione risale del resto, come è noto, alla *Lex Iulia de collegiis*).

ratificato dalla legge parlamentare. Poiché dunque una norma individuale e concreta o precetto individuale per la creazione della famiglia come istituto giuridico è esclusa a priori dalla natura stessa della cosa, e nello stesso tempo non si vuole concepire la famiglia su di una base meramente negoziale, individualistico-paritaria tra marito e moglie, allora si dovrà catalogarla tra i « corpi privati » che, pur possedendo i caratteri sostanziali della persona giuridica, non possono esserlo in senso formale, e cioè di stretto diritto positivo <sup>(227)</sup>. Questo non significa naturalmente che per Hobbes la famiglia sia una mera realtà di fatto e che egli non distingua tra famiglia di fatto e famiglia legale. Il quadro evolucionistico che traccia dell'istituto familiare mostra invece come quest'ultimo non possa alla fine sussistere se non regolato dalla legge dello Stato, e come vi si distinguano i rapporti naturali da quelli civili.

Sul piano generale, il presupposto del ragionamento hobbesiano è dato dal concetto che la famiglia non è costituita dal marito e dalla moglie in modo paritario, poiché *uno solo di loro* può dominare sui figli e sui servi. Infatti, la semplice *generazione* non è sufficiente, afferma Hobbes, per stabilire l'autorità sul figlio: poiché entrambi i genitori vi concorrono, costui dovrebbe avere due padroni, ma « *cum dominium, hoc est imperium supremum, indivisibile sit* », nessuno può servire due padroni; allora « è impossibile che il dominio [del genitore sui figli] si acquisti completamente soltanto mediante la generazione » <sup>(228)</sup>. Considerando le cose a partire dallo stato di natura, si vedrà che in esso è la madre ad avere il dominio sul bambino perché nel suo rapporto con esso si realizza il principio di diritto naturale « *victor victi dominus est* ». Infatti, « un bambino appena nato è in potere di sua madre, prima che di chiunque altro », e la madre può farne quel-

---

<sup>(227)</sup> Secondo KING, *op. cit.*, pp. 223-4, la distinzione di Hobbes tra persone giuridiche e corpi privati (famiglia) sarebbe irrilevante, dal punto di vista della sua teoria politica, poiché entrambe sono costruite in modo da far apparire una identica struttura di potere (cfr. n. 80 *supra*). Va notato però che la distinzione non è affatto irrilevante dal punto di vista giuridico, anche se quest'ultimo sembra esser puramente formale: così era impossibile per un semplice corpo privato esercitare i poteri di monopolio e semi-sovrani delle chartered companies.

<sup>(228)</sup> *De Cive*, O.L., 2, p. 255; tr. it., cit., p. 200.

lo che vuole: allevarlo, abbandonarlo, ucciderlo. Che la madre sia « padrona » del figlio, e non il padre, risulta da una serie di considerazioni, la più importante delle quali sembra essere quella che « allo stato naturale non si può conoscere il padre, se non per indicazione data dalla madre. E quindi padre è colui che la madre vuole » <sup>(229)</sup>. Dunque, la madre ha il potere assoluto sul figlio, per il solo fatto di generarlo e perché la dimostrazione della paternità si basa per il pubblico solo su quello che lei dice: il padre non esiste, come individuo determinato, se non nelle dichiarazioni della madre. In questa situazione « naturale » non c'è però ancora una famiglia. La donna qui rappresentata è un individuo del tutto isolato, che si accoppia liberamente (Hobbes ricorda le Amazzoni) ed erraticamente vive, sul cupo sfondo dello stato di natura: il suo parto non è altro che un atto animale e il potere che essa ha sul figlio ha luogo « non diversamente da quel che accade presso gli altri animali » <sup>(230)</sup>. Quest'atroce rappresentazione, in cui la maternità è vista solo nella sua immediatezza animale, è nello stesso tempo *astratta*, perché l'esperienza vissuta del genere umano non ce ne offre esempi, che non appartengano allo stato di necessità o alla degenerazione del concetto della donna e della maternità. Comunque sia, Hobbes traccia lo sviluppo successivo a questo supposto stadio naturale, mediante l'analisi dei vari modi in cui la donna perde il suo potere naturale sul figlio. Tra di essi di fondamentale importanza è quello conseguente all'unione duratura con il maschio. E cioè: se la « convivenza » dei due si risolve in « un'unione in cui uno dei due sia sottoposto alla potestà dell'altro, i figli sono di chi detiene questa potestà ». Infatti, essi devono obbedire ad un solo padrone, che può essere l'uno o l'altro. In genere è il padre, perché dispone di maggiore autorità, ma può essere anche la madre, come dimostra l'esempio delle regine, che costituisce però un'eccezione <sup>(231)</sup>. Tra lo stato di natura e la società civile, si deduce allora l'esisten-

<sup>(229)</sup> *Op. cit.*, pp. 255-6; tr. it., cit., pp. 200-201.

<sup>(230)</sup> *Op. cit.*, p. 256: « et apud homines non minus quam caetera animalia, partus ventrem sequitur » (tr. it., cit., p. 201).

<sup>(231)</sup> Le regine sono « donne con poteri sovrani » e quindi hanno potestà di imperio sui figli: *op. cit.*, p. 257; tr. it., cit., p. 201.

za di uno statio *intermedio* caratterizzato dalla formazione della famiglia su base puramente naturale o di fatto, in cui la donna si unisce all'uomo « in una comunione duratura, a condizione che la potestà d'impero resti all'uomo »: in questo stadio, « i figli che nasceranno da entrambi saranno del padre, per l'autorità che questi ha sulla madre », e non per il semplice diritto derivante dalla generazione, che come tale spetterebbe invece più alla madre che al padre <sup>(232)</sup>.

È a questo punto che compare la famiglia *patriarcale*, di cui si è vista prima la definizione come *persona civilis* costituita nel suo rappresentante. E che questa famiglia sia prestatuale (prodotto, se così si può dire, di una sorta di « diritto dei privati ») risulta anche dal fatto che Hobbes afferma: « se questa [famiglia] diviene numerosa per un forte incremento di nascite e per l'acquisto di nuovi servi, così da non poter esser sottomessa senza difficoltà, si chiamerà monarchia ereditaria (*regnum patrimoniale*) » <sup>(233)</sup>. Come a dire: lo Stato monarchico nasce dall'espandersi graduale della famiglia patriarcale ed anzi, in genere, sono i padri di famiglia a costituire gli Stati ed è per questo che la potestà sui figli è in essi conferita al padre. Perciò nello Stato « si contractus sit inter marem et foeminam ad cohabitationem, liberi geniti *patris* sunt » perché i paterfamilias che hanno costituito lo Stato non cederanno certamente questo potere alla donna, che del resto già lo aveva loro concesso, se si era unita sottoponendosi alla potestà dell'uomo <sup>(234)</sup>. Questo « contratto di coabitazione », si chiama *matrimonio*, « si fiat secundum leges civiles » <sup>(235)</sup>. Se poi invece l'unione è « un mero concubinato » (con-

<sup>(232)</sup> *Op. cit.*, ivi; tr. it., p. 202. Cfr. *Lev.*, cap. XX, p. 131.

<sup>(233)</sup> *De Cive*, in O.L., cit., p. 260; tr. it., p. 206; *Lev.*, XX, pp. 132-133: la famiglia patriarcale, anzi « una grande famiglia » può essere concepita come una « piccola monarchia », anche se non può esser definita « come uno Stato », a meno che non occorra una guerra in piena regola per sottometterla. La guerra è dunque per Hobbes sempre la misura veritiera di tutte le cose. (Sulle origini classiche della costruzione hobbesiana della monarchia patrimoniale, cfr. STRAUSS, *The Political Philosophy of Hobbes*, cit., pp. 58-65).

<sup>(234)</sup> *De Cive*, in O.L., cit., p. 257; tr. it., p. 203.

<sup>(235)</sup> *Op. cit.*, pp. 257-8; tr. it., cit., p. 203.

cubinatum tantum) i figli saranno dell'uno e dell'altro a seconda delle « leggi civili » dei singoli Stati <sup>(236)</sup>.

La famiglia è quindi regolata direttamente dalla legge dello Stato, le cui norme disciplinano il « contratto di coabitazione » tra l'uomo e la donna, contratto che solo in questo caso può chiamarsi matrimonio e produrre i suoi effetti giuridici; se non c'è questo « contratto » si ha concubinato o famiglia di fatto. La legge dello Stato riconosce inoltre l'autorità del paterfamilias, in genere già sanzionata nell'unione di fatto prestatuale, lasciando che egli la eserciti in piena autonomia nei confronti dei figli e dei servi, salvo i temperamenti imposti dalla legge stessa. La famiglia viene perciò accolta dall'ordinamento giuridico nella sua articolazione di « corpo », costituito dai singoli senza l'ausilio diretto di alcuna autorità statale, e fornito di per sé degli elementi del « corpo politico ». Però, poiché la *conformità* di questo corpo alla legge ordinaria non è di per sé sufficiente a farlo considerare « politico », allora questo corpo resta solo « privato » e appartiene a pieno titolo a fattispecie previste dal diritto obbiettivo, con l'unica limitazione (quanto alla sua natura giuridica) di non poter aspirare a *quel privilegio* che consiste nella concessione della personalità giuridica <sup>(237)</sup>.

<sup>(236)</sup> *Op. cit.*, ivi; *op. cit.*, ivi.

<sup>(237)</sup> La concezione hobbesiana della famiglia si basa sul modello patriarcale, riconosciuto nel modo più ampio nell'ambito del common law. Come nota Holdsworth, tra il Cinquecento e la prima metà del Seicento, la giurisprudenza delle corti di equity comincia però a riconoscere maggiori diritti alla moglie, soprattutto in ordine alla disposizione dei diritti reali: cfr. HD, III, pp. 520-533, sp. pp. 522-3; V, pp. 309-310 e ss. Non sembra che Hobbes recepisca nulla di tutto ciò, dal momento che si preoccupa di applicare il suo concetto di sovranità all'istituto familiare, rendendolo in tal modo ancora più monolitico. (KING, *op. cit.*, pp. 224-227, nota come dallo Stato, alla corporazione, alla famiglia, ogni ente sia governato nel sistema di Hobbes secondo la stessa forma rigida di potere (un uomo o un'assemblea) per cui si assiste ad un livellamento generale di queste istituzioni, la cui causa è nell'« uniformità della sua [di Hobbes] teoria della struttura politica » (*op. cit.*, p. 227). Mutatis mutandis, questa tesi ricorda quanto già detto a suo tempo da Gierke. Contro gli argomenti di Hobbes sul potere nei confronti del figlio, che per natura spetta alla femmina che partorisce da sola come le bestie, King replica con il curioso argomento che tale potere dovrebbe spettare alla levatrice, poiché è essa la prima ad avere la disposizione del bambino: *op. cit.*, pp. 202-203).

Ci si può chiedere, a questo punto, perché Hobbes costruisca sulla sola famiglia il tipo dei *systemata privati legittimi*. Egli non dice ovviamente che la categoria si riduca alla sola famiglia, però non si sforza in alcun modo di farvi rientrare altre realtà sociali. La reticenza di Hobbes si può forse spiegare nel seguente modo. I *systemata privati regolari e legittimi* ricomprendono *tutte* quelle entità sociali costituite spontaneamente, con fini ammessi dall'ordinamento e conformi alle sue leggi, entità fornite di un rappresentante, che naturalmente potrà essere *unus homo* o *unus coetus*. Se questo è esatto, ciò significa che questa categoria dovrebbe ricomprendere anche gli *unincorporated bodies*, ovvero quegli enti, come università, collegi, municipi, che (come si è visto) non godevano spesso della personalità giuridica in senso formale pur esercitandone di fatto alcune o tutte le prerogative. Ma ciò significherebbe allora, da parte di Hobbes, ammettere apertamente nell'ambito della sua teoria giuridica, l'esistenza di quella personalità giuridica *by prescription* e secondo il *common law*, che egli invece (come sappiamo) mostra di non voler prendere in considerazione. Però, anche se da lui non espressamente nominati, questi enti non possono non rientrare nella categoria dei *systemata privati regolari*: all'origine sono infatti dei corpi che si costituiscono senza l'autorizzazione di alcun sovrano ma spontaneamente, dandosi da soli un rappresentante, che può essere anche un'assemblea, ovvero un organo collegiale, quale quelli di un municipio o collegio. Della persona giuridica manca qui solo l'elemento formale dell'autorizzazione, perché dal punto di vista sostanziale, della sua struttura interna, le *parti essenziali* della stessa non possono non esserci tutte: capo e corpo o capo, assemblea e corpo, oppure, in termini hobbesiani, rappresentante e rappresentati in un'unica persona <sup>(238)</sup>.

---

<sup>(238)</sup> I « corpi privati » hobbesiani dovrebbero quindi ricomprendere sia entità giuridiche integralmente o eminentemente private, come la famiglia, sia entità sostanzialmente pubblicistiche, come gli *unincorporated bodies* (sui quali, cfr. BAKER, *The Inns of Court and Chancery as voluntary Associations*, art. cit., in Q.F., cit., sp. p. 9 ss., 18-19). La contrapposizione non è qui tra pubblico e privato ma tra « politico » e « privato », poiché nell'una e nell'altra categoria ci sono soggetti giuridici (dal nostro punto di vista) pubblici e privati: nella prima municipi accanto alle società commerciali, nella seconda la famiglia accanto ai

Gli enti morali by prescription si troverebbero quindi, dal punto di vista della casistica hobbesiana, in perfetto *parallelismo* con la famiglia, poiché in entrambi sarebbe intrinsecamente presente la forma del *body politic*. Ciò naturalmente non elimina le fondamentali differenze: poiché per gli enti ci può essere il conferimento formale della personalità, mediante un decreto dal significato sostanzialmente dichiarativo (quando non vengano conferiti nuovi poteri), cosa invece esclusa a priori per la famiglia; inoltre, gli *unincorporated bodies* non possono esser considerati corpi « privati » alla stessa stregua della famiglia, poiché a molti di loro è connaturato un elemento pubblicistico in senso sostanziale che a quella necessariamente manca, anche se da un punto di vista formale, finché non interviene l'autorizzazione, essi sono da considerarsi (almeno dal punto di vista di un Hobbes) dei *systemata* meramente privati, sottoposti alle sole limitazioni della legge generale. A meno che non si debba considerare il « corpo » della famiglia, nonostante l'etichetta privatistica, un'istituzione contenente elementi pubblicistici. Ma queste considerazioni ci spingono già al di là del pensiero di Hobbes anche se fanno forse intravedere nei « corpi privati » delle istituzioni di *diritto obiettivo* nel senso della teoria giuridica di Santi Romano. Ma consideriamo ora i *systemata* regolari illeciti e quelli irregolari, a loro volta in gran parte illeciti.

B. I « corpi privati regolari ma illeciti » sono quelli che si uniscono in una persona che li rappresenta ma « senza alcuna pub-

---

collegi più vari. La distinzione verte allora sul solo elemento formale, sulla presenza o meno dell'atto pubblico della concessione. (Con il termine « parti essenziali » della persona giuridica, traduco l'inglese *principal parts*, con il quale si indicano per l'appunto le parti, mancando una sola delle quali, la *corporation aggregate* non può sussistere: cfr. KYD, *op. cit.*, I, p. 36: « senza di esse la corporazione non sarebbe completa, per quanto nessuna di esse sia una corporazione distinta; così, se una corporazione [municipale] consta del sindaco (*mayor*), degli assessori (*aldermen*) e della cittadinanza (*commonalty*), sindaco, assessori e cittadinanza sono le tre parti essenziali (*integral*) », per quanto nessuna di esse possa da sola agire per il tutto (*op. cit.*, *ivi*). YALE, *art. cit.*, ha costruito sul concetto delle *principal parts* una teoria della persona giuridica, come teoria specifica di essa sulla base del diritto inglese: cfr. *op. cit.*, pp. 41, 43, 45, etc., 56-57).

blica autorizzazione»: si tratta delle «corporazioni» di mendicanti, ladri e zingari, «al fine di organizzare al meglio il loro traffico di elemosine e furti»<sup>(239)</sup>. Sono inoltre illecite quelle «corporazioni» che si costituiscono nello Stato, dietro autorizzazione di un soggetto giuridico straniero, «al fine di propagare più facilmente dottrine o di costituire un partito, ostili al potere statale»<sup>(240)</sup>. Queste entità sono dei «corpi privati regolari» ossia delle organizzazioni che si sono costituite in un rappresentante, realizzando così di fatto gli elementi della persona giuridica, che però qui non può mai nascere perché l'autorizzazione statale non solo manca ma è anche esclusa a priori. Infatti, se si può ipotizzare, in via del tutto astratta, che lo Stato possa conferire la personalità giuridica alla famiglia, non si può in alcun modo ammettere che possa volere la stessa cosa a favore di una organizzazione dichiaratamente ed esclusivamente criminale. Per questi corpi Hobbes usa il termine *corporation* che non va però inteso in senso strettamente tecnico, dato che manca il requisito della autorizzazione, ma come indicazione di una realtà di fatto che, come si è visto nei corpi privati legittimi, fa vedere l'esistenza di un ente che, nonostante l'illegittimità del fine, ha i tratti di una persona artificiale. Queste associazioni, i cui fini riguardano l'interesse pubblico in modo solo negativo, per il danno che vi arrecano, sono ben più che la famiglia «corpi privati», anzi veri corpi estranei nel tessuto di una società sana. Tuttavia nella criminalità del tempo era viva la tendenza a darsi delle forme associative sul tipo delle corporazioni di arti e mestieri, e in base a questo retaggio medievale, siffatti corpi possono essere allora esser considerati una «corporation» (vedi *infra*).

Va comunque notato che l'illiceità giuridica dell'organizzazione è colta da Hobbes in senso formale, notandone «la mancanza di ogni pubblica autorizzazione» alla sua nascita, più che il carattere degli scopi perseguiti. Questa notazione non sembra a prima vista soddisfacente, se si pone mente al fatto che anche il corpo privato legittimo si costituisce senza l'autorizzazione del Sovrano. Ma

---

<sup>(239)</sup> *Lev.*, XXII, p. 154.

<sup>(240)</sup> *Op. cit.*, ivi.

Hobbes scrive che questi *systemata* esistono « without any public authority at all ». Ora, si è visto che la famiglia, in quanto « corpo privato » gode di una autorizzazione *indiretta*, dell'assenso tacito dello Stato al suo costituirsi nel rispetto delle leggi ordinarie, le cui norme devono anzi a volte esser espressamente attuate perché la famiglia possa esistere come istituto giuridico: ad essa manca solo una « written authority » di cui evidentemente non necessita, perché la sua costituzione non è manifestazione di un privilegio da conferirsi caso per caso. All'opposto, l'organizzazione illecita, oltre che di una autorizzazione esplicita, cioè scritta, difetta ovviamente anche di una implicita, di quell'assenso statutale tacito che bisogna presupporre a giustificazione dell'esistenza giuridica delle istituzioni private conforme alla legge. È quindi del tutto logico affermare che le « corporazioni » criminose non godano di « nessuna forma » (*any*), né esplicita né implicita, di autorizzazione pubblica. Se Hobbes si riferisce qui alla sola autorizzazione espressa, allora farebbe venir meno la differenza con i corpi privati legittimi, il che sarebbe assurdo. Questa impossibilità di *ogni* autorizzazione sarà evidentemente dovuta agli scopi illeciti dell'ente; resta però il fatto che quest'ultimo, dal punto di vista specifico dell'ordinamento giuridico, è *unlawful*, non tanto a causa dei suoi scopi ma perché non può aver alcun tipo di autorizzazione. E allora, come semplice « corpo privato », per giunta « regolare », *fa parte* dell'ordinamento giuridico nel suo complesso: perlomeno sembra farne parte in un'ottica istituzionalistica alla Santi Romano, che qui sembra giustificarsi non meno che nel caso precedente, dal momento che l'organizzazione criminosa acquisterebbe una sua forma giuridica in quanto « corpo privato », riconosciuto dalle norme di diritto penale.

Infatti, l'accento di Hobbes alle « corporazioni » dei mendicanti, dei ladri e degli zingari, non costituisce affatto, come potrebbe forse credere il lettore moderno, una nota pittoresca e magari picaresca, nella severa e cupa architettura del *Leviathan*. Il diritto inglese conosceva già questo *systema* regolare ma illecito, tant'è vero che in uno *statute* elisabettiano del 1566 vengono esclusi dalla commutazione di pena nota come *benefit of clergy*, i borsaiouli tra loro organizzatisi « come se fossero una confraternita

o un'associazione di arti e mestieri » <sup>(241)</sup>. Le astratte definizioni di Hobbes rispecchiano dunque una realtà criminale già ben definita nell'ambito del diritto positivo, in cui proprio sotto i Tudors, si era sviluppata (come è noto) quella legislazione volta, con gli statuti della Poor Law e con severe misure penali, ad eliminare il flagello rappresentato da masse di miserabili, disadattati e vagabondi, che costituivano il serbatoio di una capillare e terribile criminalità « minore ». Si trattava del resto di un fenomeno già ricorrente nell'Inghilterra medievale, come fanno fede le misure regie contro i Trailbastons, ma che aveva assunto particolare gravità dopo la Guerra delle Due Rose e i profondi mutamenti economici e sociali iniziatisi nel XVI secolo <sup>(242)</sup>. Lo *statute* sopra citato, dell'ottavo anno di regno di Elisabetta, dà un'idea della vastità del fenomeno, che anzi raggiunse la sua acme proprio nei primi venti anni di regno di quella grande regina, quando gli oziosi e vagabondi, pronti ad ogni sorta di crimine, avevano le dimensioni di un vero e proprio esercito <sup>(243)</sup>. I tre corpi di malfattori menzionati da Hobbes costituivano anzi per il diritto positivo variazioni, se così posso dire, di un'unica categoria, quella dei *rogues*, in cui erano compresi i vagabondi e i « mendicanti

---

<sup>(241)</sup> Citazione da HD, IV, p. 514. Sul *benefit of clergy* cfr. *Bl. Comm.*, IV, pp. 358-367, che si scaglia contro questo *privilegium clericale*, espressione dei tempi di « ignoranza e superstizione », usato ed abusato dai « popish ecclesiastics » (*op. cit.*, pp. 358, 364). Per una esposizione più equilibrata dell'istituto, cfr. HD, III, pp. 294-302: l'istituto (ciò che ne rimaneva) fu abolito solo nel 1827. L'organizzazione di ladri e ladruncoli in una vera e propria corporazione di fatto, comportava dunque una notevole aggravante, perché la concessione del beneficio, esteso dalla seconda metà del Trecento ai laici che sapessero leggere, impediva l'irrogazione della pena specifica, che era quasi sempre capitale, dato che si applicava alla *felonies*: HD, cit., pp. 297, 298 e n. 4: « a clerk who was not claimed by the ordinary was hung ».

<sup>(242)</sup> Sulla repressione del fenomeno dei Trailbastons, cfr.: MAITLAND, *Memoranda de Parlamento*, cit., p. 33; HD, I, p. 273 (e n. 4: termine gergale per « persons carrying sticks »); K. KASER, *Il basso medioevo*, tr. it., E. Besta, Firenze, 1956, p. 126: « particolarmente benefico per i sudditi ed efficace per il rafforzamento dell'autorità regia, fu lo Statuto di Trailbaston del 1305 », al tempo di Edoardo I, il « Giustiniano inglese ».

<sup>(243)</sup> « Durante i primi venti anni di regno di Elisabetta questo esercito di vagabondi e scontenti, pronti a prender parte a qualsiasi disordine, tenne il governo [dello Stato] in costante pericolo », cit. in HD, IV, p. 392 n. 2.

incorreggibili » in tutte le loro forme, gli zingari o supposti tali (chiamati Egyptians). I loro reati non rientravano nella fattispecie della felony, che comportava la pena di morte, ma erano ricompresi nei misdemeanours. La pena consisteva nell'esser frustati in pubblico e poi rinviiati al luogo di residenza o di domicilio nell'ultimo anno o, in mancanza di entrambi, di nascita. In questi soggiorni essi venivano poi messi al lavoro nelle « case di correzione ». I rogues più pericolosi erano imprigionati o banditi dal Regno. Le case di correzione erano costruite per iniziativa imposta ai giudici di pace, che ne controllavano poi l'andamento: non erano prigioni ma avevano la precisa finalità di costringere gli « able-bodied vagrants » a lavorare <sup>(244)</sup>. Per quanto l'azione energica e capillare promossa dalla monarchia avesse cominciato a ridurre il fenomeno in termini accettabili, sicché sotto Carlo I esso — come nota Holdsworth — appariva in via di esaurimento, grazie all'efficacia della repressione e delle istituzioni create dagli statutes della Poor Law, dall'accenno di Hobbes traspaiono o la traccia che la grande criminalità dell'epoca elisabettiana aveva lasciato nei ricordi di una generazione o invece la constatazione di una realtà criminosa che, forse favorita dalla guerra civile, si stava ricostituendo nelle sue « istituzioni ».

In questi corpi privati illegittimi, Hobbes comprende poi anche la categoria spuria cui ha già accennato trattando dei corpi privati legittimi, e che si è considerata un caso anomalo di persona giuridica (v. sez. A di questo paragrafo), da spiegarsi con la irrilevanza che gli enti giuridici creati da un'autorità estranea devono avere per l'ordinamento giuridico dello Stato. Si è detto che questi enti potrebbero verosimilmente riconoscersi negli enti ecclesiastici anteriori alla Riforma. Ora Hobbes sembra voler precisare ulteriormente il concetto poiché distingue nell'ambito di questi corpi privati regolari creati da un'autorità straniera, quelli che sono illegittimi. Tali sono quelli il cui scopo, come si è visto, consiste nel « propagandare più facilmente delle dottrine e nel co-

---

<sup>(244)</sup> Per tutti questi elementi, tratti dal famoso *statute* 39, 40 Eliz., c. 4: HD, IV, pp. 387-402, pp. 397-8 e pp. 550, 551, 555 dell'*Appendice* con le norme di legge contro Egyptians, « dangerous Rogues », Vagabonds, « sturdy beggars », tratte dallo *Eirenarcha*, ed. 1619 (cfr. anche le fantasiose spiegazioni del termine « Egyptians or gypsies » date da *Bl. Comm.*, IV, pp. 165-6).

stituire un partito, ostili all'autorità legittima dello Stato ». Questi corpi non possono evidentemente esser mai autorizzati da un Sovrano legittimo nel proprio Stato, né espressamente né tacitamente, e quindi, anche se il loro fine è politico o religioso, sono del tutto unlawful e da mettersi sullo stesso piano delle organizzazioni criminali vere e proprie. A quali realtà del tempo è riconducibile la casistica di Hobbes? Si può applicare di nuovo alle istituzioni della Chiesa nei singoli Stati? Egli non sembra pensare ad un partito politico, organizzato e finanziato da una potenza straniera, poiché questo rientrerebbe in quelle che chiama subito dopo le « fazioni » della lotta politica, cioè i partiti, che sono fattispecie dei systemata irregolari. Sembra quindi realistica l'ipotesi che si tratti ancora una volta delle istituzioni cattoliche, considerate non tanto in relazione alla loro origine bensì alla loro *funzione* nell'ordinamento dei singoli Stati. Ed è una funzione affermata da un punto di vista che è quello della religione di Stato anglicana, interpretato da Hobbes con particolare acrimonia anticattolica. Dopo l'Atto di Supremazia queste istituzioni (o alcune tra loro) che ancora sussistano o che vogliano esistere, appaiono come « corpi » creati dallo straniero, il cui unico scopo è diffondere al meglio certe (false) dottrine e per promuovere la costituzione di un partito o fazione, per il trionfo delle stesse. Il « partito » come tale, che non è un corpo regolare, individua semmai i « Papisti » dal punto di vista strettamente politico; la creazione del partito rientra invece tra gli scopi di questi « corpi privati », i quali non sarebbero altro che delle sette con propaggini politiche, cioè dei systemata irregolari, se non fossero state inquadrare giuridicamente dall'autorità straniera (del Papa). Questi « corpi » di fanatici, miranti a fini eversivi, possiedono dunque, contrariamente alle organizzazioni criminali vere e proprie, una autorizzazione che le fa venire in essere: ma, provenendo dall'autorità straniera, essa è solo privata ed è irrilevante per l'ordinamento giuridico nazionale, per cui questi « corpi » non possono effettivamente godere di *alcuna* forma di autorizzazione *pubblica*, l'unica che conti per il diritto obbiettivo <sup>(245)</sup>.

---

<sup>(245)</sup> Più che contro istituzioni cattoliche concrete, impossibili ormai a concepirsi dopo il completarsi della Riforma, Hobbes sembra prendersela contro

C. Restano ora da vedere i *systemata irregularia*, che costituiscono l'ultima categoria di corpi subordinati. Essi sono così chiamati da Hobbes perché *personam non habent*: c'è il *systema*, ovvero il gruppo che persegue un interesse comune ma manca un rappresentante che ne realizzi l'unità nella sua persona. Questi *systemata* possono essere *legittimi* o *illegittimi*, anche se quelli considerati da Hobbes sono quasi tutti illegittimi. Essi ricomprendono infatti istituzioni protagoniste degli aspetti rivoluzionari della vita politica inglese del secolo XVII: i sodalizi o leghe (*leagues*) a scopo di difesa comune, le cabale parlamentari, gli eserciti privati, i partiti politici ed infine i « concorsi di folla », spesso protagonisti di torbidi e sedizioni nell'epoca immediatamente precedente la Grand Rebellion <sup>(246)</sup>. Nel definirne i caratteri generali, Hobbes mostra una lieve oscillazione terminologica. Nella parte iniziale e generale del capitolo, egli afferma che questi *systemata* « sono quelli che, privi di rappresentante, consistono unicamente nel concorso di folla (*concourse of people*) », legittimo quando « non è proibito dalle leggi dello Stato o quando non è mosso da intento criminoso »; illegittimo invece quando « l'intento è criminoso (*evil*) o sconosciuto (da parte di una grande folla) » <sup>(247)</sup>. Ma quando passa ad analizzarle più in dettaglio egli scrive che i *systemata* irregolari « per loro natura nient'altro che leghe di sudditi » a volte constano di « meri concorsi di folla »: allora il *concursus tantum populi* non è più il *genus* stesso di questi *systemata* ma una *species* all'interno del *genus*, che è dato invece dalla « lega », entità senz'altro meno indeterminata dell'assembramento popolare <sup>(248)</sup>.

La *lega* è un'organizzazione privata « che ha in genere uno scopo di difesa reciproca » e ha natura contrattuale, « being a con-

---

istituzioni *possibili*, quali avrebbero potuto crearle i seguaci del Papa, incuranti del fatto che il potere di quest'ultimo, « temporale e spirituale » era stato abolito in Inghilterra: cfr. *Behemoth*, E.W., cit., p. 167. Questi corpi privati illegittimi (religiosi) tendono allora a confondersi con la mera fazione politica.

<sup>(246)</sup> *Lev.*, XXII, cit., pp. 154-156. La versione latina è qui particolarmente ridotta.

<sup>(247)</sup> *Op. cit.*, p. 146; O.L., cit., p. 171.

<sup>(248)</sup> *Op. cit.*, p. 154; O.L., cit., p. 179.

nexion of men by covenants » (249). Manca però di un rappresentante, un organo sovrano nei confronti dei membri, che abbia il potere di costringerli all'osservanza degli accordi. In ciò, si differenzia dallo Stato, che è simile alla lega, anzi « is no more than a league of all the subjects together » (250). Poiché lo Stato nasce per la protezione e la difesa comune dei suoi sudditi, si può dunque paragonarlo alle leghe, anche se questa somiglianza concerne *lo scopo* dell'ente (la difesa comune) e non la sua struttura, dal momento che lo Stato è un *systema* regolare e per di più sovrano. A differenza dello Stato, la lega è quindi per sua natura *temporanea*, nel senso di poter essere in ogni momento sciolta ad arbitrio dei suoi componenti. Infatti, poiché non c'è una persona delle cui azioni i membri siano considerati gli autori, che quindi faccia valere la sua volontà come quella della lega, l'alleanza o l'unione resta sempre affidata alla libera volontà dei singoli, e in conseguenza dura ed è valida fintantoché « non sorga una giusta causa di sfiducia » tra i suoi componenti (251). Naturalmente questa « causa » legittima di autoscioglimento della lega non può affatto sussistere nei confronti dello Stato, verso il quale non è ammesso il rifiuto di obbedianza. Ma nella lega non c'è per l'appunto una autorità di poteri nei confronti dei singoli e della capacità di applicarli, e quindi non si pone nemmeno il problema della legittimità dell'uscita da essa o del suo autoscioglimento. Per questo, scrive Hobbes, le leghe sono non solo « legittime » ma anche « utili » *tra gli Stati*, che sono come individui nello stato di natura, senza alcun potere superiore che ispiri loro timore (252). Ma queste unioni temporanee ed irregolari non sono affatto necessarie nello Stato legittimamente costituitosi e possono anzi rientrare in una figura illegittima, assimilabile ad una vera e propria associazione a delinquere (*conspiracy*). Infatti, lo Stato già realizza in quanto tale la difesa comune di cui gli uomini hanno bisogno: le associazioni private che si propongano nello Stato il medesimo fine, di fatto in alternativa ad esso, « non sono in generale necessarie e puzzano

---

(249) *Op. cit.*, ivi.

(250) *Op. cit.*, ivi.

(251) *Op. cit.*, ivi.

(252) *Op. cit.*, ivi.

di intenti criminosi » (253). Se all'interno della res publica « ogni individuo può ottenere giustizia a mezzo del potere sovrano » è allora inutile ricorrere a delle associazioni di privati, sfornite tra l'altro di qualsiasi rappresentante, per perseguire il medesimo scopo di giustizia: le leghe sono quindi *superflue* e ai fini del perseguimento della giustizia individuale e del mantenimento della pace e dell'ordine. Perciò, se si ammette che il loro disegno è legittimo, bisogna riconoscere che sono inutili, perché in concorrenza con lo Stato, che già attua istituzionalmente la difesa comune e la giustizia verso i singoli. E si può aggiungere: inutili e pericolose, perché entrare in concorrenza con lo Stato significa mettere in discussione l'autorità e provocare una situazione di confusione dei poteri, potenzialmente eversiva. Se il loro intento è invece « malvagio o sconosciuto » all'autorità, sono invece illecite (254).

L'illiceità di questa unione privata irregolare dipende quindi non solo dal carattere eventualmente criminoso degli scopi perseguiti ma anche dal fatto di tenerli comunque nascosti. Infatti, se lo scopo cui mira una lega non fosse pericoloso per il bene comune, perché tenerlo nascosto? La segretezza degli scopi implica quindi una presunzione di illegittimità degli stessi. Ma quali possono essere gli scopi non dichiarati di una simile organizzazione? Hobbes scrive, come si è visto, che le leghe « are commonly made for mutual defence », ma che questo scopo le rende inutili o pericolose poiché, se perseguito nello Stato, « ci si sente un fine illegittimo ». Ma ciò significa che Hobbes non crede, in sostanza, che la difesa comune dei consociati di un particolare gruppo, possa costituire il *vero* scopo, che ne legittimi l'esistenza. Gli scopi veri non sono invece mai dichiarati e risultano o di un fine criminoso vero e proprio (*evil*) o di uno eversivo, rivoluzionario, non meno « malvagio ». Queste « organizzazioni della forza dei privati » (all uniting of strenght by private men) non devono quindi esserci in uno Stato ben ordinato. Solo in teoria perseguono uno scopo legittimo; in pratica ne perseguono uno illegittimo o non dichiarato e quindi « dangerous to the public and unjustly

(253) *Op. cit.*, ivi.

(254) *Op. cit.*, ivi.

concealed » <sup>(255)</sup>. Perciò, sono quasi sempre illecite perché l'intento della difesa comune non è che una copertura semi-ufficiale per attività criminose o rivoluzionarie. In quanto illecite, si distinguono però dalle « corporazioni » di criminali viste in precedenza, e perché non hanno la struttura della corporazione (cioè i rappresentanti) e perché il loro fine criminoso non è apertamente dichiarato, come in quelle: la mancanza di rappresentanti non implica naturalmente l'assenza di capi, ma si tratta per l'appunto di capi di fatto, legittimati da meri rapporti di forza, non di rappresentanti ex contractu reciproco dei rappresentati, legittimati poi dallo Stato. La fattispecie penale in cui vengono ricomprese queste leghe è allora quella che « si designa abitualmente con il nome di fazione o cospirazione » <sup>(256)</sup>, forma di associazione a delinquere elaborata, come categoria giuridica, soprattutto ad opera della giurisprudenza della Star Chamber. Si trattava di una fattispecie concepita in modo abbastanza ampio, in modo cioè da far consistere la figura di reato *nel fatto dell'accordo* esplicito di due o più persone a perseguire un fine illecito od un fine che, come tale, può ancora non rientrare in una chiara fattispecie di reato, sì che oltre a non provocare l'insorgere di alcuna conspiracy, può non costituire nemmeno reato, se perseguito da *un solo* individuo. Ora, si può dire che il fine non dichiarato della lega, non costituisca in maniera evidente una fattispecie di reato, però il reato si consuma già nell'esistenza di una *lega* di due o più persone per un fine che « odora di illecito » per il solo fatto di non esser stato apertamente dichiarato. Il fine non è però l'elemento determinante: la fattispecie insorge con il semplice concretarsi di un gruppo non autorizzato di uomini, i cui fini o sono illeciti o semplicemente non chiari: il dato oggettivo dell'organizzazione, del numero, prevale su quello soggettivo del fine perseguito, che al limite può non essere (come tale) nemmeno illecito <sup>(257)</sup>.

<sup>(255)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(256)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(257)</sup> Ho tratto questi elementi sulla *conspiracy* da HD, VIII, pp. 379-384, che tra l'altro cita con approvazione la condanna di Hobbes delle « leagues of the subjects of one and the same commonwealth » (*op. cit.*, p. 382). Cfr. l'argomento riportato alla n. 6 di p. 381, risalente alla fine del Seicento: « ciò che è lecito a farsi da parte di uno solo può essere illecito se fatto in gruppo (by conspi-

A prescindere dal concorso di folla, gli altri tre tipi di sistemata irregolari cui Hobbes fa cenno, sembrano essere nient'altro che forme di leghe, per le quali Hobbes mette in rilievo come possano esser tutte ricondotte alla fattispecie criminosa appena vista. Il primo caso riguarda i *poteri occulti* che si formino nell'ambito del regime parlamentare. Si tratta delle « cabale segrete », che si hanno quando un certo numero di membri dell'assemblea si riunisce e consulta « apart » cioè in segreto, senza esserne stati autorizzati, con lo scopo di influenzare e dirigere il rimanente: si tratta di una « fazione » o « cospirazione illecita » poiché si mira a « circuire fraudolentemente l'intera assemblea » per realizzare l'interesse privato di un gruppo di pressione <sup>(258)</sup>. Si vede chiaramente che ciò che fa venire in essere questa fattispecie criminosa non è tanto il fine perseguito quanto il collegarsi segretamente per raggiungerlo, anche se poi il fine può rimanere inattuato, non procedendosi oltre il reato tentato. E la lega è una « cabala » perché posta in essere da parlamentari: dal lato soggettivo la « cospirazione » deve qui corrispondere a determinati requisiti, mancando i quali essa non ha luogo. Un requisito essenziale è ovviamente quello della appartenenza dei membri della lega all'istituzione parlamentare, cosa che di per sé rende illegittima la loro semplice partecipazione a gruppi di pressione che si propongono di deviare la volontà dell'assemblea sovrana dai suoi fini legittimi. Ma, nota Hobbes, se un privato qualsiasi deve esser giudicato da quell'assemblea (nelle sue funzioni di alta corte), bisogna ammettere che l'individuo in questione, che si renda amici quanti più parlamentari può (con doni, elargizioni, promesse), non commette ingiustizia alcuna, « perché in questo caso non fa parte

---

racy): per esempio, è lecito ad ogni fabbricante di birra distillare della birra leggera, ma se in tanti si mettono d'accordo per fabbricare solo birra leggera, con lo scopo [non dichiarato] di defraudare il re delle sue imposte [sulla birra forte], questa associazione (conspiracy) è illecita ».

<sup>(258)</sup> *Lev.*, cit., pp. 154-155. Sulle *cabals* cfr. HD, X, p. 478 e n. 1, per l'origine del termine dall'ebraico *gabbalah*; e IV, p. 67 e 68 sul rapporto tra committees e cabals. La « cabala » (dei cinque ministri) fu particolarmente influente al tempo di Carlo II: cfr. V. BEONIO-BROCCHIERI, *Studi sulla filosofia politica di T. Hobbes*, Torino, 1927, p. 92. Per un uso del termine in relazione ai complotti contro Carlo I, cfr. *Behemoth*, E.W., 6, cit., p. 262.

dell'assemblea » <sup>(259)</sup>. Il privato che, spinto dalla necessità, dia vita ad un gruppo di pressione per fini di parte, in sostanza ad una vera e propria cabala a suo favore, non può quindi esser accusato di *conspiracy*, perché l'iniziativa del comportamento illegittimo è e resta a lui, ossia ad *un* individuo che, dal punto di vista giuridico (cioè formale), non fa nemmeno parte dell'assemblea. Resterebbe però da vedere se la *conspiracy* non ha luogo nei confronti del privato perché egli non fa parte dell'assemblea o perché non si ha qui il requisito numerico minimo delle due o più persone: per cui egli potrà esser colpevole di corruzione o tentata corruzione ma non di associazione a delinquere, che potrebbe insorgere invece in ogni caso per il gruppo di parlamentari che si sia lasciato comprare <sup>(260)</sup>.

Se poi un individuo privato mantiene nella sua proprietà o feudo un numero di servi nettamente superiore a quanto sia necessario per « l'amministrazione della proprietà » e il loro « legittimo impiego » in generale, questo *systema* irregolare di servi e operai deve esser considerato alla stregua di un vero esercito privato non dichiarato e perciò come una « fazione » o cospirazione e quindi illecito. Infatti, ove ci sia il potere dello Stato non occorre (come si è già detto) mantenere una « forza privata », che qui diventa una vera forza paramilitare, a scopo di difesa. L'esistenza di essa fa supporre la presenza di intenzioni che non si possono dichiarare apertamente e quindi per ciò stesso pericolosa per la *civitas*. E la riprova del suo argomento Hobbes la trova richiamando alla mente le condizioni di vita delle nazioni « non del tutto civilizzate », in cui famiglie e tribù vivevano in ostilità

---

<sup>(259)</sup> *Lev.*, cit., ivi. L'argomento manca del tutto nel testo latino.

<sup>(260)</sup> Hobbes scrive addirittura: « And though he hire such friends with money, unless there be an express law against it, yet it is not injustice. For sometimes, as men's manners are, justice cannot be had without money; and every man may think his own cause just, till it be heard, and judged » (*op. cit.*, ivi.). L'inciso « a meno che non sia espressamente proibito da una legge » è indubbiamente necessario, se il Nostro non vuol essere accusato di apologia di reato. Il reato in questione doveva esser poi quello di tentata corruzione o corruzione di un giudice: *bribery* ed *embracery*, crimini contro la « public justice »: cfr. *Bl. Comm.*, IV, pp. 139-140. Hobbes sembra comunque voler dire che, dal punto di vista del diritto naturale, non è ingiusto tentare di ingraziarsi i giudici.

perpetua, guerreggiando con bande armate (private force). Dal che è evidente che o hanno agito ingiustamente o non avevano lo Stato <sup>(261)</sup>. Infatti, se non c'è ingiustizia, non c'è nemmeno lo Stato, che stabilisce con la legge la misura del giusto e dell'ingiusto: e lo Stato è l'unica istituzione che garantisce la sopravvivenza dell'uomo e lo sviluppo della civiltà, poiché solo in esso scompare la giustizia privata e di parte. Queste leghe di « famiglie private » con il loro seguito di tipo feudale, rientrano quindi appieno nello schema generale del *systema irregolare illecito*: c'è un'organizzazione per un fine dichiarato, di semplice governo e amministrazione, ma *il numero* sproporzionato dei subordinati in relazione alla normale attività, fa supporre un *secondo fine*, per cui tale numero può esser indizio dell'esistenza di un'associazione che *stia tentando* qualcosa di pericoloso per la pace e l'ordine e quindi di illecito: è il numero, cioè la lega insé, a far presumere un certo scopo e a costituire una fattispecie criminosa intrinseca.

Rientrano infine tra le leghe le « fazioni » in senso politico, cioè i partiti: « le fazioni per il controllo della religione come Papisti, Protestanti e simili o dello Stato, come i patrizi e i plebei nella Roma antica, etc. » <sup>(262)</sup>. In che modo queste organizzazioni rientrano nell'ipotesi della « fazione » in senso giuridico, ovvero della associazione criminosa? Esse sono « ingiuste, perché contrarie alla pace e alla sicurezza dei sudditi, e perché non sono altro che un (continuo) toglier la spada dalle mani del Sovrano » <sup>(263)</sup>. I settari della politica e della religione (degradata però a fazione politica) non rappresentano per Hobbes una corruzione dei partiti politici ma sembrano coincidere con essi, secondo un punto di vista che vede nel *partito* qualcosa di partigiano e negativo nei confronti dello Stato <sup>(264)</sup>. Queste leghe di privati sono « ingiuste »

<sup>(261)</sup> *Lev.*, cit., p. 155.

<sup>(262)</sup> Il passo manca del tutto nella versione latina. Con l'epiteto « papisti », Hobbes ora chiama per nome al livello più basso, della fazione, gli odiati cattolici, precedentemente inquadri nei corpi privati e illeciti.

<sup>(263)</sup> *Lev.*, cit., p. 155.

<sup>(264)</sup> BEONIO-BROCCHIERI, *op. cit.*, p. 188, richiamando la definizione della *factio* nel *De Cive*, XIII, par. 13, nota come quest'ultima non si distingue, nella sua origine contrattuale o da un atto di sottomissione, dallo Stato; per cui, mancando una vera differenza qualitativa, lo Stato hobbesiano — esso stesso una

e se ne deduce che non si dovrebbero ammettere nello Stato ben costituito, in cui i rapporti tra politica e religione e tra i sudditi e il Sovrano siano stati stabiliti nel modo dovuto. La loro intrinseca ingiustizia deriva dal fatto che obbiettivamente provocano tumulti continui, che violano la pace e la sicurezza dei sudditi; e soggettivamente vogliono impadronirsi dello Stato e restare nello stesso tempo organizzazione di parte: e in ogni caso, nel potere che riescono a procurarsi nel corso delle lotte civili, sostituiscono la loro spada partigiana a quella legittima dello Stato. I loro intenti eversivi e rivoluzionari sarebbero perciò evidenti, però non è detto che siano dichiarati: anzi quasi sempre le fazioni politiche affermano di agire per scopi nobili ed elevati, nell'interesse generale, senza mai ammettere di aspirare esclusivamente alla conquista del potere. Sono perciò delle leghe, che mirano ad un fine non dichiarato — la conquista dello Stato con la violenza — che è anzi il peggiore che si possa immaginare in una associazione privata, ed è più che sufficiente a far considerare la loro organizzazione una conspiracy in piena regola.

I « concorsi di folla » costituiscono infine la forma più labile di systema, però rientrano comunque nella categoria, sono un *corpo*, per quanto informe ed occasionale. Infatti nella folla occasionalmente riunita non c'è unione « per uno scopo specifico » né « in conseguenza di un accordo di ciascuno con ciascuno » <sup>(265)</sup>. Ciò che induce gli individui ad unirsi momentaneamente, dando vita così ad una folla non è altro che « una assonanza di volontà ed inclinazioni » <sup>(266)</sup>. Per determinare quando il concorso o assembramento sia legittimo o meno, bisognerà considerare due elementi: « la causa (*occasion*) e il numero di coloro che sono presenti ». La causa o motivo permette infatti di comprendere « il disegno » di ciascuno, il motivo per cui degli uomini si siano riuniti o semplice-

---

« fazione » — è esposto per natura ai rischi dello spirito di parte. « *FACTIONEM autem voco multitudinem civium vel pactis inter se, vel unius alicuius potentia, absque ejus vel eorum, qui summum imperium obtinent, autoritate unitam. Est itaque factio tanquam civitas in civitate. Sicut enim unione hominum in statu naturali fit civitas, ita civium unione nova fit factio* » (O.L., 2, p. 306). Bobbio, nella trad. it. cit., rende *factio* con « partito »: *op. cit.*, p. 257).

<sup>(265)</sup> *Lev.*, cit., p. 154.

<sup>(266)</sup> *Op. cit.*, *ivi*.

mente si trovino nello stesso luogo in un dato momento <sup>(267)</sup>. Hobbes parla qui di « disegno individuale » e non del gruppo come tale: infatti la folla non è un soggetto dotato di una sua individualità, e quel poco che ne possiede è nettamente inferiore a quella degli altri *systemata* irregolari, che godono di una certa durata e si danno delle forme organizzative molto precise: il confine tra il *systema* e l'indifferenziata *multitudo* è qui molto sottile. La folla resta qualcosa di occasionale anche se nei momenti di travaglio della vita civile essa appare e riappare nelle città come forma spontaneamente istituzionalizzata, in cui si manifesta la volontà politica dei singoli, in tutta la sua violenza. A dispetto dell'efficacia eversiva che la folla può dimostrare, in essa non può comunque realizzarsi, dal punto di vista giuridico, l'assorbimento dei singoli individui, come se la folla fosse un soggetto che agisce e sia imputabile per loro. Ciò del resto non è possibile nemmeno per le leghe, dal momento che sono *dey systemata* irregolari: ogni atomo della folla resta quindi imputabile nella sua natural capacity, senza che si possa mai distinguere tra maggioranza e minoranza, cosa possibile solo ove ci sia un rappresentante collegiale. Bisogna quindi presumere che l'intento che sembra muovere la folla, sia un intento che spinga tutti coloro che la compongono, uno per uno considerati ed uno per uno imputabili delle eventuali conseguenze illecite dell'azione collettiva e del fatto stesso di trovarsi lì, in quanto costituisca un illecito.

Sulla base di queste premesse, Hobbes enuncia i due criteri per identificare la liceità o meno del concorso di folla. Esso sarà lecito quando il motivo (occasion) è « legittimo e manifesto » e viene realizzato « in usual numbers », come quando gli uomini vanno a messa, o ad una mostra <sup>(268)</sup>. Il carattere non manifesto dello scopo della riunione è tuttavia, come per gli altri *systemata* irregolari, un grave indizio a favore della illiceità del concorso di folla. Come per le leghe private, si pone la medesima domanda: perché tenere nascosto il movente della propria azione, se questo non presenta alcunché di pericoloso per la *res publica*? Allo stesso modo, il gran numero di una folla, senza che ne appaia chiara-

---

<sup>(267)</sup> *Op. cit.*, p. 155.

<sup>(268)</sup> *Op. cit.*, *ivi*.

mente il motivo all'autorità, fa presumere il carattere illegittimo del concorso stesso: è anzi l'entità straordinaria di una folla a far presentire uno scopo nascosto (e quindi illecito). Infatti « se il numero sia straordinariamente grande, il motivo non ne è evidente, e perciò chi non è in grado di spiegare in modo particolareggiato e sufficiente la sua presenza tra la folla, deve esser ritenuto scientemente colpevole (*conscious*) di un disegno illegale ed eversivo (*tumultuous*) »<sup>(269)</sup>. Se ciò che si può fare o in genere si fa con un numero di persone limitato, viene improvvisamente perseguito da un'intera folla riunita, il motivo *non* è autoevidente e già configura una fattispecie di reato, consistente in una turbativa dolosa dell'ordine pubblico e della pace sociale. La petizione e l'accusa popolare sono gli esempi concreti che Hobbes riporta, anche perché utilizzati sistematicamente (specialmente la prima) a fini eversivi dalle forze antimonarchiche nel periodo immediatamente precedente lo scoppio della guerra civile. « Può esser lecito a mille uomini riunirsi per elaborare una petizione da consegnarsi ad un giudice o ad un funzionario; ma se mille uomini vengono in persona a consegnarla, si tratta di una manifestazione sediziosa (*tumultuous assembly*), dal momento che non più di uno o due basterebbero alla bisogna »<sup>(270)</sup>. Lo stesso dicasi per l'accusa popolare, il cui esempio Hobbes va a trovare nelle *Scritture*, che riportano il tumulto in cui si trovò S. Paolo ad Efeso: ed era una manifestazione di folla del tutto illecita, perché si trattava di « un numero insolito di uomini, mobilitati contro uno che essi accusavano »<sup>(271)</sup>.

Il criterio per stabilire quando il numero della folla sia eccessivo ed ingiustificato è poi enunciato da Hobbes in modo del tutto empirico: non si tratta di un « numero prestabilito » ma di uno che i tutori dell'ordine presenti non riescano a tenere sotto controllo e deferire al magistrato. Questo criterio non si basa quindi sul semplice buon senso del *paterfamilias* ma sull'effettiva capacità di dissuasione e repressione delle forze di polizia, che al tempo di Hobbes non doveva essere molto elevata. Il carattere

---

<sup>(269)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(270)</sup> *Op. cit.*, ivi.

<sup>(271)</sup> *Op. cit.*, pp. 155-156.

empirico del criterio, oltre a dipendere in un certo modo dalla natura della cosa, riflette anche l'assenza di una normativa specifica. Infatti, i vari *statutes* in materia, dal tempo di Edoardo VI con intervalli sino ad Elisabetta, erano stati abrogati, mentre solo nel 1661 (con il ritorno del re) era stato emanato uno *statute* che reprimeva il « tumultuous petitioning » <sup>(272)</sup>.

I *systemata* irregolari passano dunque con relativa facilità dalla sfera del lecito a quella dell'illecito ed anzi sono quasi tutti *illiciti*: sono fazioni, bande, sette, cabale segrete o manifestazioni pericolose per l'ordine costituito e per la pace sociale, mascherate dietro l'apparenza di legittime richieste popolari. In essi appaiono i fantasmi sinistri della guerra civile o della corruzione politica, che Hobbes tenta di esorcizzare ponendoli alla mercé della spada del Sovrano <sup>(273)</sup>.

8. Dalla casistica sopra esposta, si può notare come l'analisi di Hobbes comprenda in un ordine sistematico praticamente tutte

<sup>(272)</sup> *Op. cit.*, p. 155. Cfr. per le fonti: *Bl. Comm.*, IV, pp. 142, 143, 147, nonché HD, VIII, cit., p. 383, che ricorda approvandolo (alla n. 4) il criterio enunciato da Hobbes. Nel *Behemoth* Hobbes denuncia icasticamente l'uso intimidatorio delle petizioni da parte dei seguaci del parlamento: « This method of bringing petitions in a tumultuary manner, by great multitudes of clamorous people, was ordinary with the House of Commons, whose ambition could never have been served by way of prayer and request, without extraordinary terror » (E.W., 6, cit., p. 284).

<sup>(273)</sup> Alla fine dell'analisi puntuale dei *systemata* di Hobbes, ricordo in una nota suppletiva alcune tra le fonti di cui mi sono servito da un punto di vista generale: 1) *The Dictionary of English Law*, sotto la supervisione di E. Jowitt, Lord High Chancellor (1945-1951), edito da C. Walsh, solicitor of the Supreme Court, London, 1959, 2 voll.; 2) T. RAVÀ, *Un'esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella common law inglese*, in « Rivista di diritto civile », XX (1974), 1<sup>a</sup> pt., pp. 196-237; 3) F. W. MAITLAND, *L'equità*, tr. it. A. R. Bozzelli, present. C. Geraci, Milano, 1979, solo le prime due lezioni, sull'origine dell'equità, pp. 3-29; 4) L. MOCCIA, *Appunti sul 'law reporting' in Inghilterra*, estr. da « Il foro italiano », vol. CI, fasc. 11, 1978, di pp. 35, sp. pp. 3-21; 5) ID., *Glossario per uno studio della « common law »*, appendice al volume di P. STEIN e J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, pp. 381-462. Le traduzioni italiane dei testi di Hobbes, citate in precedenza, sono state da me sempre tenute presenti, anche quando ho proceduto all'interpretazione e alla traduzione personale dei passi.

le forme associative, lecite e illecite, in cui si trovano o si possono trovare implicati gli uomini in società. Egli inizia da quelle più complesse ed importanti, le persone giuridiche, per scendere poi ai « corpi privati » ed infine ai corpi irregolari, fino a cercare di ricomprendere nel concetto del *systema* anche la folla, sia tumultuante che pacifica, quella folla che egli aveva visto protagonista nei sommovimenti della guerra civile. Tutta questa complessa e multiforme realtà viene inquadrata nel concetto del *systema*, che come si è visto, si applica anche alla associazione comune a tutti, alla *res publica*, allo Stato. Dalla forma perfetta ed assoluta del *systema* sino a quelle irregolari, prive cioè di rappresentanza ed affidate all'impulso dell'ora, un'*unica forma* di *organizzazione* pervade quindi la società costruita razionalmente dagli uomini, una forma di cui i vari *systemata* sembrano nel contempo delle manifestazioni e che per Santi Romano rivela già i tratti dell'*istituzione*. Ci si potrebbe chiedere, incidentalmente, se i *systemata* irregolari meritino di essere ricompresi nella categoria, dal momento che sono privi della persona di un rappresentante: ma questa mancanza è tale da impedire l'esistenza di un *corpo* sociale? Il *systema* regolare è del resto la forma tipica, prossima alla perfezione, del *systema*, la cui ampiezza categoriale è espressa in una definizione più ampia e generale, sin quasi a sfiorare la genericità: « qualsivoglia numero d'uomini riunitisi in un interesse o intrapresa comune », anche se l'interesse o l'impresa costituiscano l'erratico scopo, il *momento* di una folla. È possibile che Santi Romano abbia sentito in queste parole una assonanza con la sua definizione dell'istituzione: « Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale » (274). È indubbio che i corpi oggetto dell'indagine di Hobbes non sono solo una categoria selezionata ma « ogni ente o corpo sociale », cominciando con lo Stato e finendo con la folla, anche se a proposito di quest'ultima, bisogna ricordare come essa non possa rientrare per Santi Romano nella nozione di ente o corpo sociale, poiché egli ne esclude « le organizzazioni molto rudimentali », quali ad esempio « una unione di persone in fila per raggiungere uno sportello o per entrare in un lo-

---

(274) S. ROMANO, O.G., cit., p. 35.

cale » <sup>(275)</sup>. Santi Romano, come è noto, non segue Cesarini Sforza nell'attribuire il carattere di istituzione anche alla fila di un pubblico qualsivoglia, ed anzi, proprio per non estendersi sino a questi gruppi o raggruppamenti la sua definizione del « corpo sociale » finisce con l'essere meno ampia di quella di un Hobbes, che appare del resto persino più estesa di quella di Cesarini Sforza <sup>(276)</sup>.

Al di là della assonanza nella definizione, Santi Romano può comunque aver ravvisato una rassomiglianza tra l'immagine complessiva di un ordinamento giuridico che nel suo insieme sembra essere nient'altro che una articolazione di *systemata* e l'immagine istituzionalistica dello stesso. Infatti, se è vero che i *systemata* più importanti, le persone giuridiche acquistano la loro rilevanza per l'ordinamento ad opera di una norma, che nei loro confronti ha carattere costitutivo, la rilevanza giuridica degli altri corpi sociali, leciti e illeciti, regolari o non, *sembra scaturire* dalla loro stessa natura, dal loro carattere di organizzazioni sociali autonome: i corpi privati e quelli irregolari sono riconosciuti dal diritto ma non creati da esso. L'ordinamento giuridico in senso stretto, come ordinamento posto dallo Stato, come sistema di norme prodotte da una volontà sovrana, resta sullo sfondo e si limita a regolamentare, promovendo o reprimendo, la realtà che in modo lecito o non, i vari corpi sociali sono venuti costituendo: e per S. Romano « ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto » <sup>(277)</sup>. Né a quan-

---

<sup>(275)</sup> *Op. cit.*, ivi, nota 29-ter.

<sup>(276)</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 1929, pp. 29-30: « Dapprima allo stato fluido, i rapporti giuridici si cristallizzano, se un'autorità si afferma, intorno ad essa. Un esempio di ciò si trova nella rudimentale organizzazione costituita da un'unione di persone in fila per raggiungere uno sportello o per entrare in un locale: essa rappresenta un ordinamento in forza del quale la « posizione acquisita » di chi si trova al primo posto della fila ha il valore di un vero e proprio diritto, ordinamento la cui materiale esistenza si afferma allorché interviene un'autorità, come un impiegato che assegni un numero progressivo ... ». Si noti come per Cesarini Sforza l'ordinamento non sia dato dalla folla in quanto tale ma dal fatto che in essa appare un'organizzazione, una gerarchia, per quanto elementare, che l'autorità può poi sanzionare con una norma. Invece per Hobbes nel *concursus populi* è la folla *in quanto tale* a costituire il *systema*, a prescindere da ogni sua pur elementare organizzazione.

<sup>(277)</sup> S. Romano, *O.G.*, cit., p. 43.

to detto si oppone la constatazione che i corpi sociali legittimi sono *subordinati* al potere statale, dal momento che i loro rappresentanti godono di un potere *delimitato* da quello sovrano, o mediante decreto o mediante la legge ordinaria. Nel caso delle persone giuridiche la rilevanza giuridica del corpo dipende *esclusivamente* dalla limitazione dei loro poteri, ovvero dalla norma che, stabilendo in modo diretto l'ambito dei poteri del rappresentante, con ciò stesso fa venire in essere *quel* corpo sociale come entità che esiste solo in quanto riconosciuta dallo Stato. Ma ciò non può dirsi per i *bodies private*: non sono istituiti mediante una norma, pur incontrando nel consenso (anche tacito) della legge alla loro esistenza dei limiti invalicabili alla loro autonomia: eppure sono dei *systemata*. Allora l'ordinamento giuridico appare *composito*, nel senso che risulta di *systemata* subordinati allo Stato per decreto e senza decreto, come se il loro rapporto di dipendenza dallo Stato si rialzasse per opera di norme ora espresse (cioè specifiche, individuali) ora tacite, perché ricomprese nella legge generale e astratta; si realizzasse in definitiva ora mediante la *creazione* dei corpi subordinati ora mediante il *riconoscimento* di quanto i privati o le comunità hanno già costituito per conto loro. In tal modo si pongono però le premesse per poter affermare che il rapporto tra lo Stato e gli enti subordinati più che un rapporto tra norma che crea e realtà sociale che viene plasmata dal nulla negli istituti giuridici, è un rapporto tra organizzazioni sociali gerarchicamente ordinate, capaci di porsi nella loro sfera come un *ordinamento* nel senso fattuale del termine, onde la pluralità dei *systemata* costituenti l'ordinamento generale può sembrare una anticipazione della pluralità degli ordinamenti giuridici in cui crede la teoria istituzionale.

Ciò può comunque apparire paradossale in riferimento al pensiero di Hobbes, che fa della volontà statale sovrana la fonte giuridica per eccellenza, e combatte ogni forma di diritto che si basi sull'autorità di altre fonti, siano esse la consuetudine, le sentenze dei giudici o l'opinione dei giureconsulti. Però nello stesso tempo Hobbes viene ad affermare che lo Stato *non è che* un *systema*, superiore agli altri perché vi si è pienamente soggetti a dei rappresentanti che non sono a loro volta soggetti ad alcuno. Ma ciò è come dire che, proprio perché ne realizza la forma perfetta,

lo Stato condivide con le altre entità sociali, subordinate ed imperfette, una medesima *qualità*, l'esser cioè organizzazione per uno scopo. Come entità *sociale* non è allora una Divinità irraggiungibile ma una realtà simile ad altre; è una *organizzazione sociale per uno scopo*, allo stesso modo delle persone giuridiche, della famiglia, delle organizzazioni illecite, differenziandosi principalmente per il *tipo* di scopo e per i conseguenti poteri di cui dispone; e se lo Stato appare come una semplice organizzazione sociale *simile* ad altre, allora il monolitico Leviatano è in realtà costituito da una gradazione complessa di persone, una *pluralità* di corpi, *politic* e *private*, dotati di una loro autonomia organizzativa, di un loro ordinamento. Se il Leviatano, in quanto esso stesso organizzazione e non semplice volontà, si differenzia dalle altre organizzazioni sociali non tanto nella conformazione interna quanto nel grado di potere (sovrano) conferito ai suoi rappresentanti, ciò sembra favorire la considerazione che tutte le altre organizzazioni, in quanto simili *strutturalmente* a quella statale, debbano proprio a questa somiglianza la loro rilevanza, che possiamo definire giuridica. Se esse appaiono come *piccoli ordinamenti* all'interno del più grande rappresentato dallo Stato, ciò ha luogo allora indipendentemente dal riconoscimento costitutivo dell'ordinamento dello Stato: sarebbe invece già in sé degli ordinamenti giuridici. È lecito quindi pensare che per Santi Romano, il quale definisce lo Stato solo « la più importante delle istituzioni »<sup>(278)</sup>, non distinguendosi nel concetto da tutte le altre ma solo per una differenza quantitativa, sia stato di fondamentale importanza, per il suo giudizio su Hobbes, il fatto che quest'ultimo equipari lo Stato alle altre organizzazioni sociali, dalle quali si distinguerebbe solo per essere *il più importante* fra i *systemata*. Quando la differenza tra lo Stato e le altre organizzazioni è solo di quantità, ne risulta inevitabile una concezione *pluralistica* dell'ordinamento giuridico, perché viene a mancare la preminenza *qualitativa* che permette allo Stato di porsi come l'unica fonte del diritto: e lo Stato non viene creato dalla norma né crea l'ordinamento giuridico con le norme, ma nasce come ordinamento, organizzazione che è in sé diritto obbiettivo, *accanto* agli altri ordinamenti o

---

(278) *Op. cit.*, p. 42.

systemata, che esso ha il potere di riconoscere o meno mediante le norme.

Naturalmente, da tale autonoma pluralità ordinamentale dovrebbero restare escluse le persone giuridiche, dal momento che sono poste in essere per opera della norma. Ma anch'esse sono dei systemata e si è visto che, dal punto di vista della loro *natura intrinseca* (o se si preferisce struttura) i systemata regolari sono tra loro qualitativamente sullo stesso piano, differendo solo per la *quantità* di potere concessa ai loro rappresentanti. Considerando invece la loro presenza *nell'*ordinamento generale, essi sono subordinati allo Stato, cioè al corpo sociale più forte, nel senso che esso determina il grado della loro sottomissione all'ordinamento, circoscrivendo l'estensione dei poteri dei loro rappresentanti. La subordinazione della persona giuridica ha tale carattere da incidere sulla natura di systema, cioè di organizzazione autonoma, della stessa? A causa della sua origine formale ad opera di una royal charter, è essa sottratta alla pluralità indipendente dei systemata? Dal punto di vista della teoria istituzionale del diritto, si dovrebbe rispondere affermando che non c'è *sostanziale* differenza tra riconoscimento espresso e tacito di un'entità sociale, se per l'appunto di *semplice* riconoscimento si tratta. L'atto che istituisce la persona giuridica è costitutivo *solo* dal punto di vista dell'ordinamento statale poiché per suo effetto acquista rilevanza giuridica, cioè nell'ambito di *quell'*ordinamento, una forma organizzativa già comunque dotata di una sua autonoma rilevanza sociale. Rispetto alla sua propria *natura* di corpo sociale autonomo dotato di una sua individualità, il riconoscimento statale avrebbe quindi carattere solo *dichiarativo*. La norma che crea la personalità giuridica sarebbe una norma che riconosce esplicitamente il systema altrimenti privato nel systema statale, confermandolo nella sua natura e nelle sue prerogative: *sarebbe una norma che pone in relazione due systemata ovvero due ordinamenti giuridici*, quantitativamente differenziati, rendendo validi nell'ambito dell'uno (lo Stato) i comportamenti posti in essere dall'altro. Né varrebbe obiettare, a questo punto, che l'autonomia organizzativa dei systemata non è come tale giuridica ma semplicemente *sociale*, dal momento che per divenire giuridica essa necessita pur sempre di una dichiarazione normativa, abbia essa carattere costitutivo, se espressa, o

dichiarativo, se tacita. Il punto di vista di Santi Romano si sviluppa, come è noto, sull'assunto che l'organizzazione sociale sia come tale, nella sua autonomia ordinamentale, *già* giuridica; la rilevanza sociale dei *systemata* hobbesiani, con la loro sfera di autonomia, non potrebbe perciò non esser considerata ipso facto giuridica e la loro pluralità, pluralità di veri e propri ordinamenti giuridici leciti e illeciti, istituzioni <sup>(279)</sup>.

Nel pensiero di Hobbes, pur non potendosi escludere la concezione dell'ordinamento giuridico come complesso delle norme create dalla volontà del Sovrano, questa volontà non creerebbe però dal nulla ma riconoscerebbe in sostanza nell'ordinamento la *pluralità dei systemata*, pluralità di veri e propri ordinamenti, dei quali lo Stato sarebbe solo il *maggiore*, pluralità in cui coesistono istituzioni *concesse* dallo Stato e create dall'attività autonoma dei privati, lecite ed illecite. Né le *omissioni* hobbesiane sembrano allora tali da alterare il *sensu* complessivo di quest'*immagine*. Mi riferisco a quanto visto in precedenza in relazione alla teoria dei « corpi privati », dai quali Hobbes esclude (con il silenzio) quegli *unincorporated bodies* che proprio nel diritto inglese avevano acquistato una caratteristica rilevanza: dall'analisi svolta, mi sembra risulti con sufficiente chiarezza che nella categoria dei « corpi privati » non possono non ricomprendersi anche le organizzazioni che esercitano di fatto i poteri e possiedono la struttura della persona giuridica, in attesa delle lettere patenti del Sovrano. Né va dimenticato che in essi dovrebbe rientrare anche la Chiesa, in quanto organizzazione che ha il suo fondamento in un'autorità

---

(279) Sul rapporto tra istituzione e persona giuridica, cfr. *op. cit.*, p. 78: « Secondo noi, base della persona giuridica è sempre un ordinamento di diritto obiettivo, che si concreta e si racchiude in essa e per essa, cioè un'istituzione, nel senso sopra sviluppato: non le persone ... non il suo patrimonio ... non i suoi organi ... non il suo scopo ... ma sempre e soltanto l'ordinamento giuridico ... E quando parliamo di ordinamento giuridico come sostrato della persona giuridica, intendiamo riferirci al suo ordinamento che possiamo dire interno, non a quello che può ad essa riferirsi per parte di un'istituzione superiore e più ampia, in cui la prima si comprende, come potrebbe essere, p.es., lo Stato. Invero la personalità può essere attribuita da quest'ultimo ordinamento più comprensivo, ma sempre sulla base dell'ordinamento di essa, che costituisce pel primo un presupposto necessario, un sostrato immancabile ».

extra-statuale. E dal punto di vista istituzionalistico, si dovrebbe dire che Hobbes riconosce natura *giuridica* alla Chiesa intesa come « corpo privato », che diventa « politico », ossia gode della personalità giuridica — forma giuridica particolare — solo quando è subordinato allo Stato e alla sua autorizzazione. In tal modo, si eviterebbe la necessità di annoverare Hobbes tra coloro che negano il carattere giuridico della Chiesa (di ogni istituzione religiosa), se non costituito dall'ordinamento dello Stato, cioè per opera di una norma <sup>(280)</sup>. La categoria dei « corpi privati » sembra del resto essere quella che forse più di ogni altra ha contribuito a giustificare l'impressione di un *istituzionalismo* hobbesiano. Infatti, è in essa che la famiglia vi appare proprio come quel *micro-ordinamento* giuridico, del tutto indipendente e persino ignorato dallo Stato (« piccole istituzioni, microcosmi giuridici »), di cui parla S. Romano nel par. 19 dell'O.G.: « Quando un qualsiasi individuo, nell'ambito in cui può considerarsi quasi come un re nel suo regno, cioè nella sua casa (intesa questa parola in senso largo), stabilisce un ordinamento, che valga per i suoi familiari, per i suoi dipendenti, per le cose che sono a sua disposizione, per i suoi ospiti, e così via, egli in sostanza crea una piccola istituzione, di cui si erige a capo e fa parte integrante. Senonché non è da ricercarsi la figura di essa nella leggi dello Stato ... » <sup>(281)</sup>. Esiste quindi un « diritto della casa » (*Hausrecht*) da intendersi come « un ordinamento interno autonomo che riduce ad unità di governo e di direzione una serie di elementi diversi, persone e cose, che considera da un proprio punto di vista » <sup>(282)</sup>. La famiglia intesa in questo senso, esempio tipico di una certa organizzazione sociale, ha quindi « il carattere dell'istituzione » che perciò « risulta dalla sua struttura, dal suo diritto interno, e non dal modo, che può essere diverso, con cui è raffigurata dalle leggi dello Stato » <sup>(283)</sup>.

---

<sup>(280)</sup> *Op. cit.*, p. 116: « Che l'ordinamento della Chiesa derivi il suo carattere giuridico da quello dello Stato, è una tesi che è nel più evidente contrasto con gli elementi essenziali, così del primo come del secondo ... ». (Cfr. inoltre, *ivi*, pp. 117-122).

<sup>(281)</sup> *Op. cit.*, p. 74.

<sup>(282)</sup> *Op. cit.*, p. 74, 75. Accanto alla famiglia S. Romano nomina « uno stabilimento industriale », « una scuola », « un'impresa commerciale ».

<sup>(283)</sup> *Op. cit.*, p. 76.

L'istituzione che qui risulta è tale indipendentemente dall'iniziale attività creatrice del singolo, piccolo imprenditore o paterfamilias: egli le dà il primo impulso, e la sua funzione può essere chiamata normativa, come se fosse un vero e proprio legislatore; però ciò che per opera sua si afferma e va colto nel suo intrinseco significato giuridico, è un ordinamento che nella sua fattualità Romano chiama di diritto obbiettivo, che non può considerarsi semplice prodotto dell'impulso iniziale di una volontà individuata. Nei «microcosmi giuridici» bisogna rilevare che «l'elemento personale, che dell'istituzione rappresenterà il *dominus*, potrà essere riassunto in un solo individuo, che però si integra con altri elementi, che, fusi assieme e coordinati, costituiranno quell'unità che potrà chiamarsi azienda [o casa] in senso ampio ... »<sup>(284)</sup>. E tutto ciò troverà applicazione anche nei confronti del macrocosmo giuridico. Lo Stato e l'ordinamento giuridico «sono l'identica cosa», nel senso che la «potestà» o sovranità dello Stato «nasce con esso e con il suo ordinamento, che sempre la disciplina e la regola»<sup>(285)</sup>: lo Stato non viene prima dell'ordinamento perché è quando c'è l'organizzazione di fatto, di per sé ordinamento di diritto obbiettivo. La volontà di un legislatore non può quindi *creare* l'ordinamento dal proprio libito; è invece limitata alla creazione di *nuovo* diritto nell'ambito dell'ordinamento-istituzione già esistente, creazione che consiste in sostanza nel riconoscere nell'ordinamento più ampio le istituzioni (di diritto obbiettivo) manifestatesi ex novo nella società. «La legge, quindi, non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto: è, invece, un'aggiunta al diritto precedente (nell'ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il legislatore non è, così, il creatore del diritto, nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore ... »<sup>(286)</sup>.

Tornando al parallelo con Hobbes, è del tutto evidente che il quadro della famiglia-istituzione sembra adattarsi assai bene a

<sup>(284)</sup> *Op. cit.*, p. 75. Gli «altri elementi» sono per l'appunto «dei sottoposti, proprie leggi, tutto un coordinamento di autorità e ingranaggi amministrativi: sarà quindi un mondo giuridico a sé ... etc.» (*op. cit.*, ivi).

<sup>(285)</sup> *Op. cit.*, p. 82.

<sup>(286)</sup> *Op. cit.*, pp. 82-83.

quello della famiglia-corpo privato: in quest'ultima il *paterfamilias* si trova certamente come un piccolo « re nel suo regno » ma nello stesso tempo il regno, cioè il *systema*, viene preso in considerazione, riconosciuto *come tale* dall'ordinamento giuridico dello Stato o comunque lasciato alla sua sfera autonoma, purché non si violino in esso certe norme o principi generali dell'ordinamento più ampio. È però *dubbio* che il promotore dell'istituzione si risolva poi compiutamente in essa, come sostiene invece Santi Romano, scomparendo come individualità la cui volontà dovrebbe esser pur sempre decisiva ai fini della vita dell'istituzione; proprio questo significa invece esser *rappresentante* del *systema*: realizzare nella propria persona e mediante la propria volontà, dei cui atti i membri dello stesso devono esser considerati tutti autori, l'unità del corpo sociale subordinato, un'unità che, se non è creata dallo Stato, non può essere solo *impersonale* ma ha bisogno del suo piccolo (o grande) legislatore. Perciò, dove l'*istituzionalismo* di Hobbes sembra potersi giustificare in modo convincente, nel corpo privato-famiglia, contemporaneamente appare la *differenza* che tuttavia sempre permane con il concetto dell'istituzione di Santi Romano.

Prima di ribadire questo punto, bisogna menzionare un altro elemento che certamente ha contribuito al formarsi dell'opinione di Santi Romano su Hobbes: la considerazione in cui Hobbes tiene i *systemata illeciti*, sia privati regolari che irregolari. Anche dovendo escludere i concorsi difolla, resta il fatto che le organizzazioni criminose non sembrano concepite come una realtà extra-giuridica, se si guarda per l'appunto al senso istituzionistico del termine « giuridico ». Al contrario, in quanto *systemata*, esse fanno parte dell'ordinamento, se questo si risolve poi nella pluralità dei *systemata*, cioè di realtà sociali organizzatesi per uno scopo, a prescindere dalla natura intrinseca di esso, che quindi può essere anche malvagia. Ciò non impedisce affatto, come è noto, al giurista di « constatare l'esistenza di ordinamenti obiettivi, istituzionali e perciò giuridici, ciascuno nella propria orbita, che sono viceversa antiggiuridici rispetto al diritto dello Stato, che li esclude dalla sua sfera, anzi li combatte » <sup>(287)</sup>. Ché l'istituzione

---

<sup>(287)</sup> *Op. cit.*, p. 124.

di Santi Romano è una organizzazione per uno scopo, entità la cui individualità deve essere « esteriore e visibile », dotata di una unità che trascende gli elementi che la compongono, uomini e cose, e la loro durata <sup>(288)</sup>. In simile prospettiva il fine dell'organizzazione deve *come tale* esserci (altrimenti non esiste l'organizzazione) ma è indifferente quanto al suo contenuto: la *neutralità* del fine, dal punto di vista della qualificazione giuridica dell'ente che lo manifesta, è una premessa *logicamente* necessaria per poter vedere in ogni ente, organizzato per un qualsiasi fine (anche immorale), un fenomeno intrinsecamente giuridico. Ora, i *systemata* hobbesiani, per esser tali devono avere un fine, *quale che sia* purché comune, ma sono poi ricompresi nell'architettura dell'ordinamento, non in considerazione della *qualità* del loro fine (qualità che dovrebbe far escludere dall'ordinamento le organizzazioni criminali), ma per il *solo fatto* di averlo, di essere in definitiva delle organizzazioni per uno scopo. Allora anche le organizzazioni illecite saranno da considerarsi delle istituzioni e parteciperanno della pluralità dell'ordinamento.

Se quindi i *corpi subordinati* (e lo Stato stesso) che Hobbes costruisce osservando la realtà concreta dell'ordinamento, dimostrano una natura ed una estensione tali da potersi accostare alle « istituzioni » di Santi Romano, non va comunque dimenticato che di un « istituzionalismo » da parte di Hobbes non si può mai veramente parlare, se non altro perché nei *systemata* non viene mai meno il ruolo della volontà. Infatti l'ordinamento giuridico nasce per Hobbes con lo scopo preciso di tutelare, non i *systemata*, ma gli *individui* che sentono la necessità di fuggire dallo stato di natura: che poi essi si organizzino in *systemata* è del tutto secondario, dal punto di vista del concetto della necessità di un ordinamento. Ora, Santi Romano dichiara che « quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto » <sup>(289)</sup>, perché il diritto è *solo* un or-

---

<sup>(288)</sup> *Op. cit.*, pp. 35-39. Naturalmente dò per scontato il concetto romano dell'istituzione (che qui ho solo ricordato) e non entro nel merito dello stesso, né quindi cito e discuto la letteratura in proposito, parendomi cosa eccedente gli scopi e i limiti del presente lavoro.

<sup>(289)</sup> *Op. cit.*, p. 43.

dinamento obbiettivo caratterizzato dall'organizzazione delle sue parti e non dalle parti in quanto tali (individuali), né dallo scopo che pur possiede. La differenza tra lo Stato e le altre istituzioni sarà in quest'ottica solo quantitativa e l'ordinamento giuridico complessivo sarà una pluralità di ordinamenti, cioè un ordinamento *aperto*, che nessuna volontà sovrana giungerà a chiudere, perché ciò vorrebbe dire sovrapporre la norma all'istituzione. E la norma è qualcosa di individuale, dal lato del soggetto che la produce e di quello che la riceve: la norma presuppone il rapporto di due volontà, del soggetto (od organo) che la emana e di quello che la riceve, il cosiddetto destinatario. Ora, il diritto positivo nasce per Hobbes nello Stato, in cui si è dissolta la moltitudine degli individui dello stato di natura, lasciando il posto ad una persona artificiale rappresentativa di tutti. E quindi sembra che anche qui ciò che è puramente individuale (atomo, moltitudine) non assurga a fenomeno giuridico: occorre l'istituzione, cioè lo Stato, perché il diritto sia positivo e sia qualcosa. Ma questa istituzione è creata dalla volontà, di tutti nel patto sociale, e in essa domina la volontà del rappresentante, altrimenti essa non sarebbe sovrana: il rappresentante gode di un potere assoluto e la sua volontà è la legge. Qui la *qualità* dello scopo dell'istituzione si fa sentire: è a causa dello scopo di protezione e difesa di tutti che il rappresentante sovrano è tale e la sua volontà è irresistibile. Egli quindi può proteggere il singolo contro gli altri e contro l'istituzione, il systema cui appartenga. Nel fenomeno giuridico resta allora qualcosa di individuale. Infatti, l'origine *contrattuale* dello Stato, fa sì che non venga mai meno, nella volontà sovrana che si traduce in legge, il suo rapporto con le volontà particolari dei singoli, le quali, oltre ad obbedire, obbedire ad una volontà, possono rivolgersi direttamente ad essa contro gli altri e il systema subordinato. È quella volontà che, come si è visto, tramite i suoi commissari, i giudici, decide le controversie: ed essa non si giustifica sulla base del systema (di un'istituzione di *ius involuntarium* che secondo S. Romano giustifica le norme) ma del contratto originario, in cui i singoli si sottomettono alla volontà sovrana della persona artificiale, volontà cui poi essi possono continuamente ricorrere per dirimere il conflitto concreto con una sentenza. E la volontà sovrana non si risolve mai integral-

mente nell'ordinamento dei *systemata*, per quanto lo Stato sia strutturalmente anch'esso un *systema*. Vale a dire: i *systemata* non costituiscono un ordinamento aperto (come le istituzioni di Santi Romano) ma *chiuso* poiché esso sussiste avendo (se così posso dire) il suo fondamento di validità nella volontà sovrana, espressa o tacita, che a sua volta si legittima in base al contratto sociale.

Dal punto di vista hobbesiano, il rapporto delle volontà si conserva sempre nel fenomeno giuridico, come qualcosa di irriducibile alla dimensione istituzionale, dal momento che esso ha la sua giustificazione ultima nel contratto sociale, che non è se non un puro incontro di volontà e dal quale dipende l'intero edificio della società civile. E in questa ottica riappare allora il *meccanicismo* complessivo della visione di Hobbes, per cui il *systema* stesso, più che da una perfetta integrazione delle parti, risulta da una loro perfetta *giustapposizione*, un'unità estrinseca sulla base dell'incontro delle volontà. E ciò che conta, ai fini del nostro tema, è il fatto che l'origine di questa unità *non sia involontaria* come per l'istituzione di Santi Romano, che è un ordinamento, detto di diritto obbiettivo, perché formatosi come organizzazione sociale di cui la volontà è solo *un* momento non essenziale, spesso legittimato dall'istituzione e non viceversa<sup>(290)</sup>. Se dal punto di vista di Santi Romano importa certamente poco che i *systemata* siano concepiti in modo meccanicistico od organicistico, di fronte alla constatazione che essi formano di per sé dei veri e propri ordinamenti, che vanno dallo Stato all'associazione illecita, la pluralità ed i reciproci rapporti dei quali costituiscono l'ordinamento giuridico nel suo complesso; tuttavia, il modo meccanicistico in cui Hobbes intende questi corpi fa sì che essi non possano esser concepiti se non come prodotti della volontà e quindi mai svincolati dall'ipoteca volontaristica, cioè contrattualistica, che è alla base dell'ordinamento stesso. E questo vale anche per i *systemata* irregolari, non solo perché in molti di essi (le leghe) c'è una forma di *covenant*, ma perché, proprio a causa della mancanza di un rappresentante istituzionale, si deve tener

---

<sup>(290)</sup> Cfr. *op. cit.*, p. 22, in relazione alla « obbiettività dell'ordinamento giuridico » e al suo rapporto con le norme.

conto delle volontà di tutti i singoli atomi che li compongono, al fine di consegnarli o meno alla giustizia dello Stato.

Questi rilievi, in cui si ribadisce l'ovvia differenza di fondo tra i due « istituzionalismi », non sono però tali, a mio avviso, da togliere ogni fondamento all'ipotesi interpretativa di Santi Romano, della quale mi sono servito come *pretesto*, se così posso dire, per analizzare una parte del pensiero giuridico di Hobbes, nell'imminenza del quarto centenario della sua nascita (5 Aprile 1588). E se non fossi riuscito a dimostrare quanto c'è di valido in quell'ipotesi, spero per lo meno di aver mostrato come Hobbes non sia affatto l'astratto dottrinario che molti ritengono ma un pensatore ben addentro ai problemi del tempo e nient'affatto ignaro di cose giuridiche.

GIOVANNI CAZZETTA

UNA COSTITUZIONE « SPERIMENTALE »  
PER UNA SOCIETÀ IDEALE.  
I MODELLI GIURIDICO-POLITICI  
DI ATTILIO BRUNIALTI

1. Premessa. — 2. Un 'argine' contro la democrazia. — 3. Il sistema delle scienze politiche. — 4. La politica 'negativa'. — 5. La « difesa » del governo parlamentare. — 6. L'organicismo contrattuale. — 7. Un nuovo 'centro di gravità': l'amministrazione. — 8. La crisi del modello.

1. Nel 1890 Francesco Saverio Merlino, un anarchico napoletano in esilio a Parigi, in un vibrante *pamphlet* politico contro la classe dirigente del trasformismo, assumeva Attilio Brunialti a simbolo dei teorici borghesi della politica intenti a fornire fumosi strumenti di legittimazione alle istituzioni postunitarie: « dimentichiamo che esiste un pomo della discordia fra i governanti. Non si tratta della mela d'oro della favola. Siamo nel regno prosaico degli interessi, delle ambizioni, delle avidità, in cui consiste tutta l'arte ed anche tutta la scienza del governo, quali le sognano il Brunialti e compagnia » <sup>(1)</sup>. Naturalmente per Merlino il sogno di Brunialti, di una società e di uno Stato ideali, come quello di Frédéric Bastiat, il teorico delle *Harmonies économiques*, era molto lontano dalla realtà effettuale: « tutta l'armonia e la bellezza, l'economia del sistema costituzionale, cantate da Bastiat Brunialti e altri pedagoghi, tutta la scienza racchiusa nelle opere dei professori deputati ha fatto fiasco ma, in compenso, il governo avanza con più sicurezza, con maggior tranquillità, senza

---

<sup>(1)</sup> F. S. MERLINO, *L'Italia qual è* (1890), Milano, 1974 (a cura di N. Tranfaglia), p. 152.

scosse violente e pericolose: e le ambizioni, se hanno da percorrere una strada più lunga, hanno il successo più certo » (2).

Abbiamo voluto presentare tali giudizi, in apertura di queste pagine, poichè essi colgono, sia pure da un osservatorio scettico ed eccessivamente disincantato nei confronti dei progetti giuridico-politici, alcuni aspetti essenziali del pensiero di Brunialti che riflettono il modo di essere di gran parte della giuspubblicistica italiana tra otto e novecento: l'esigenza di modellare tutto il sociale in categorie certe, prefigurate e armoniche; l'attribuzione al giurista, in quanto tecnico capace di cogliere ed interpretare tali categorie, del ruolo di guida nei confronti del politico.

Su questi aspetti si fondava tutto il diritto pubblico di Brunialti; un diritto pubblico che poteva essere pensato solo in riferimento all'apparato 'ideale' che gli stava attorno, presupponeva cioè un assetto sociale stabile e privo di conflitti, dei meccanismi istituzionali e una politica che erano espressione soltanto di quest'assetto 'ordinato' e che erano incapaci di affrontare una società composita e multiforme. Il centro vitale di tutta l'analisi era dato dalla tensione ossessiva verso l'unità della società, dallo sforzo di rendere perenni le razionalità della costituzione oligarchica; per raggiungere questi obiettivi non si poteva che porre fuori della 'società del diritto' tutti i nuovi contrasti sociali e i mutabili indirizzi politici. Sogno di una società immune da conflitti e di una costituzione perfetta che era proprio di molti giuristi del periodo, ed accomunava, malgrado le scelte metodologiche a volte differenti, le diverse visioni del diritto pubblico della giuspubblicistica liberale.

Era opportuno accennare subito a questi aspetti del pensiero di Brunialti anche per respingere la diffusa ipotesi che i giuristi appartenenti all'indirizzo storico politico — e negli anni dei contrasti metodologici che fecero seguito alle note prolusioni orlandiane del 1885-1889, Brunialti si collocava tra i fautori di questo

---

(2) *Ibidem*, p. 44; cfr. anche p. 171: « Cessi dunque il Brunialti di gridare che in Italia la politica non è mestiere di cui si viva e che qui da noi non si sono ancora visti ministri che abbiano veramente rubato, collegi municipali comparsi in Corte d'assise, leggi comprate a suon di quattrini ».

indirizzo <sup>(3)</sup> — fossero ‘aperti’ ai mutamenti istituzionali e al complicarsi della situazione sociale. La storiografia giuridica degli ultimi anni infatti si è prevalentemente concentrata sulla figura di Vittorio Emanuele Orlando <sup>(4)</sup> ed ha a volte esasperato le distanze, le divergenze tra gli autori appartenenti alle diverse correnti. In tal modo è facile che un giurista ‘non orlandiano’, quindi non formalista, sia collocato sul fronte di una giuspubblicistica liberale aderente alla realtà istituzionale e sociale o più aderente a tale realtà rispetto agli autori postisi sulla strada di un astratto formalismo <sup>(5)</sup>.

Occorre invece, a nostro giudizio, considerare la giuspubblicistica del periodo fuori dalle rigide divisioni in cui sono stati incasellati i diversi giuristi. Ciò è possibile non ponendo più al centro della propria attenzione il problema del metodo. Tale approccio, che pur è stato utile per chiarire molti aspetti del pensiero degli autori del metodo giuridico, rischia di essere fuorviante se si studia il versante ancora oscuro dei suoi ‘oppositori’. I rischi principali potrebbero essere, da una parte, quello di considerare i ‘non orlandiani’ solo come i perdenti del dibattito sul metodo <sup>(6)</sup>, e, dall'altra, quello di dar troppo credito alle loro posi-

<sup>(3)</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (Prolusione ai corsi di diritto amministrativo e costituzionale letta, nella R. Università di Palermo, nel 1889), ora in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, pp. 3 e ss. La prolusione palermitana raccoglieva e sviluppava considerazioni già svolte da Orlando in una prolusione modenese del 1885 e in una letta a Messina nel 1886. Una analisi degli orientamenti metodologici che affiancarono l'indirizzo «strettamente giuridico» è in M. GALIZIA, voce *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII (1964), pp. 968 e ss. Ma l'esigenza di uno studio su questi giuristi è ancora oggi sottolineata, cfr. M. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in *Jus Commune*, X, 1983, p. 241.

<sup>(4)</sup> Cfr. soprattutto S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980.

<sup>(5)</sup> In tal senso cfr., ad esempio, C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Bari, 1981 (I ed. 1974), p. 318.

<sup>(6)</sup> A determinare la ‘sconfitta’ sarebbero state proprio le «difficoltà di metodo»: il «difettare nella costruzione giuridica», il non comprendere «l'im-

zioni di apertura alla storia, alle scienze sociali ed economiche, attribuendo loro una consapevolezza dei mutamenti in corso, solo per contrapposizione al chiuso sistema dei formalisti (7).

È necessario invece considerare gli aspetti in cui i contrasti si attenuano oppure non esistono, indagare, abbandonata la rigida divisione tra vincitori e vinti, le comuni convinzioni sottese alla pluralità di indirizzi presenti nella giuspubblicistica. Il nostro proposito non è certo quello di ridurre ad un'unica e piatta superficie la varietà di idee e contributi dei giuristi, bensì quello di richiamare l'attenzione su alcuni temi collocati sullo sfondo in cui il dibattito sul metodo si sviluppò. Temi che possono aiutare a capire perchè le varie scelte furono improduttive di diverse conseguenze, non implicarono, ad esempio, delle diverse opzioni sul piano della politica costituzionale, su quello delle garanzie dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione e su quello del ruolo politico da attribuire ai partiti. Da questo punto di vista è anche utile sapere che per Orlando erano sognatori i giuristi che studiavano lo « Stato ottimo » e « la sovranità di una idea », piuttosto che « lo Stato esistente » e « la sovranità dei poteri costituiti »; e che per Brunialti, per Arcoleo o per Caristia erano dei sognatori invece gli orlandiani intenti a inseguire astratte formule sistematizzanti (8). Ma più importante è considerare il

---

portanza » dell'opera di Orlando. Questi rimproveri erano mossi, ad esempio, a Brunialti da A. Giannini (*Gli studi di diritto costituzionale in Italia (1848-1948)*, in *Rassegna di diritto pubblico*, IV, 1949, p. 92) che pur lo considerava un esponente, insieme a Palma, di una corrente 'preorlandiana' in qualche modo « sistematica ».

(7) Le capacità di comprensione, insite nelle ' aperture ' del diritto pubblico di Brunialti alla politica, sono, a nostro giudizio, sopravvalutate da P. BENE-  
DUCE (« *Punto di vista amministrativo* » e *Stato di diritto: aspetti del germanesimo dei giuristi italiani alla fine dell'Ottocento*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, X, 1984, pp. 119 e ss.; cfr. in particolare p. 184), che scorge, ad esempio, delle affinità tra alcune riflessioni di Brunialti (e di Ferraris) con « le felici intuizioni di Schmitt ». Un'analoga critica deve essere mossa al lavoro di F. PIODI, *Attilio Brunialti e la scienza della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, pp. 675 e ss. Quest'autore coglie nelle ' aperture ' della scienza dell'amministrazione di Brunialti uno studio volto a considerare le effettive condizioni sociali.

(8) Le citazioni di Orlando sono tratte da *I criteri tecnici*, cit., pp. 20 e 21; particolarmente dure erano le critiche rivolte agli orlandiani da Carmelo Caristia

‘ sogno comune ’, di questi giuristi ben inseriti nella classe dirigente liberale, che si manifestava soprattutto attraverso l'immagine armonica di una società e di uno Stato pacificamente conciliati.

Le posizioni presenti nei diversi indirizzi giuspubblicisti non ci sembrano comuni poichè tutte incapaci di comprensione nei confronti di un nostro ipotetico modello teorico della realtà sociale dell'epoca; esse ci appaiono tali, invece, poichè i giuristi confrontavano le istituzioni e lo Stato con un'immagine della società nella maggior parte dei casi simile: le rappresentazioni della società facenti riferimenti a contrasti e a conflitti di classe si attenuavano e scomparivano nel momento in cui i giuristi si accingevano a costruire concretamente il diritto costituzionale. Le incomprendimenti, le contraddizioni e le improduttività, rispetto alla realtà sociale, nascevano dalle stesse analisi dei giuspubblicisti, dalla loro incapacità di teorizzare ed applicare un diritto pubblico che fosse aderente alle diverse immagini della società che essi presentavano nei loro scritti. In questo quadro il modello vincente emerse non da una ‘ intuizione di verità ’ <sup>(9)</sup> contenuta nella prolusione del singolo, tale da sconvolgere in pochi anni gli studi di diritto pubblico, ma dalle tante convergenze presenti nelle opere dei vari giuristi <sup>(10)</sup>.

---

(le sue affermazioni sono spesso riprese per documentare la disputa: cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., pp. 42 e 43; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando*, cit., pp. 288 e ss.). Caristia parla di questi autori presentandoli come « perfetti costituzionalisti che non si accorgono e non devono accorgersi di nulla », come « perfetti giuristi » autori di una letteratura avente « l'adorazione per la formula » e « l'ossessione dello schema »: « il costituzionalista moderno rifugge da ogni contatto con la pratica quotidiana. Non la piazza ma la serra è il suo terreno preferito. Nella serra non penetrano gli occhi dei profani ignari dei misteri della tecnica ». C. CARISTIA, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Torino, 1915, pp. IX e ss.; 202.

<sup>(9)</sup> V. E. ORLANDO, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* (1925), in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 26: « l'affermazione sostanziale che una scienza che si chiamava di diritto pubblico, doveva essere una scienza giuridica, costituiva una verità così intuitiva da potersi dire banale ».

<sup>(10)</sup> Per una complessiva valutazione della « formazione disciplinare giuspubblicista » cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986. Il testo di Costa

Nelle pagine seguenti cercheremo di verificare questi aspetti facendo riferimento agli scritti di Attilio Brunialti <sup>(1)</sup>. Considereremo le principali opere giuridiche della vasta produzione di questo autore, dai primi scritti degli anni settanta agli ultimi del secondo decennio del novecento. La nostra lettura verterà essenzialmente sui modelli giuridico-politici che egli proponeva, sulle sue scelte di costituzionalista liberale. Un liberalismo quello di Brunialti particolarmente fragile, frutto di mediocri tessiture eclettiche, pregno di dichiarazioni garantiste che si dissolvevano di fronte al complicarsi della società; un liberalismo da ricercare qua e là nelle sue pagine, tra gli elementi organicisti e quelli di un grossolano positivismo evolucionista. Queste caratteristiche però non rendevano Brunialti un giurista liberale anomalo; anzi, la sua vicenda intellettuale, proprio per questi aspetti, può essere assunta a modello dei rapporti tra intellettuali e potere in Italia tra otto e novecento, e a specchio delle tante debolezze dello sbiadito liberalismo italiano.

2. La nostra lettura degli scritti giuridici di Brunialti privilegia due aspetti: le diverse rappresentazioni della società ed il ruolo e i compiti affidati al giurista. Come abbiamo accennato

---

ci pare particolarmente importante poichè sposta la ricerca storiografica oltre le analisi delle scelte metodologiche effettuate da i diversi giuristi. Cfr. soprattutto pp. 429 e ss.

(1) Attilio Brunialti (Vicenza 1849 - Roma 1920) si laureò in giurisprudenza a Padova — dove fu allievo di Luigi Luzzatti — nel 1870. Nel 1872 tenne dei corsi liberi di diritto costituzionale comparato presso le Università di Roma e Bologna. Nel 1879 divenne professore di diritto costituzionale nell'Università di Pavia; passò poi, nel 1881, all'Università di Torino. Nel 1893 fu nominato consigliere di Stato; mantenne questa carica fino al 1913, allorchè in seguito ad uno scontro politico con Giolitti fu messo a riposo. Fu eletto deputato, a partire dal 1882, per ben nove legislature. Cfr. G. D'AMELIO, *Brunialti, Attilio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, XIV, 1972, pp. 636 ss.; S. RUMOR, *Gli scrittori vicentini dei secoli decimottavo e decimonono*, Venezia, 1905, vol. I, pp. 272 e ss., che contiene un elenco quasi completo degli scritti pubblicati da Brunialti sino al 1905, si tratta di ben quattrocentoventicinque titoli. Ciò può dare la misura dell'enorme mole di pagine prodotte da un autore che oltre agli innumerevoli e spesso ripetitivi scritti giuridico politici, scrisse di geografia e fu traduttore di un vasto numero di opere.

su questi due punti, come vedremo strettamente collegati tra loro, il nostro giurista fondava tutta la sua teoria costituzionalistica.

Il nucleo centrale del modello giuridico-politico di Brunialti era costituito dall'analisi della società: il diritto costituzionale, con le sue garanzie di libertà, era costruito in riferimento al modo di essere della società. Ma ciò non produceva una concezione realistica del diritto pubblico. Va detto subito infatti che la relazione (società-diritto-Stato) era bloccata, immobile: diverse condizioni della società non davano luogo ad un atteggiarsi diverso del diritto pubblico. La società doveva svilupparsi secondo linee precostituite, verso obiettivi certi, mai in contrasto con l'assetto razionale della forma di governo di cui il giurista era tecnico; una forma di governo, quindi, costruita a misura non della realtà effettuale ma di una uniforme società ideale.

L'immobilità di questa relazione costituiva la valvola di sicurezza contro ogni dispotismo, rappresentava la garanzia di uno sviluppo pacifico, tale da assicurare una vita perenne ai principi liberali. In quest'ambito il giurista si pone come il garante della stabilità della costituzione, rappresentando una società che non la pone mai in crisi, una società concorde in cui « tutte le forze sono raccolte nell'interesse generale », in cui esiste « solidarietà tra le diverse parti sociali », in cui « gli antagonismi violenti di classe scompaiono » (12), in cui non esistono « fazioni » ma « partiti organici in se medesimi » (13). È solo questa società, che possiamo dire 'interna' al modello del giurista, a produrre le istituzioni e lo Stato. Fuori dal modello, e fuori quindi dal diritto pubblico, il giurista rappresenta una società 'esterna', che occorre risanare ed educare, elevare con la « carità intelligente » (14); una società che può essere confrontata con il sistema costituzionale solo dopo esser stata resa omogenea a quella 'interna'.

---

(12) BRUNIALTI, *Guida allo studio del diritto costituzionale*, Torino, 1882, p. 272; le stesse espressioni sono presenti anche in BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, vol. I, Torino, 1896, pp. 518 e ss.

(13) BRUNIALTI, *Guida allo studio*, cit., p. 274.

(14) BRUNIALTI, *Le moderne evoluzioni del governo costituzionale. Saggi e letture*, Milano, 1881, p. 153.

Il confronto del governo costituzionale con la sola società 'interna' costituiva una condizione di pensabilità dell'elemento giuridico: la composizione di tutto il sociale in un quadro solidale ed armonico era l'elemento indispensabile per rendere possibili le 'guarentigie della libertà', per indicare nel governo di Gabinetto e nel controllo costante dell'opinione pubblica sul politico, nella supremazia della legge le strutture portanti del diritto pubblico. Le garanzie liberali presupponevano come necessaria la società 'interna', la sola in cui il diritto pubblico liberale era possibile. È in questo quadro che vanno collocati gli aspetti garantisti del pensiero di Brunialti: la difesa del primato della legge, la preminenza della costituzione sull'amministrazione, la critica alle lesioni delle libertà sono aspetti che possono essere conservati solo in presenza delle relazioni certe tra società 'interna' e costituzione.

Le nuove forze sociali e i crescenti conflitti connessi alla nascente industrializzazione sono elementi estranei alla concezione del diritto propria del nostro giurista, elementi che non possono mettere in discussione l'assetto razionale dei poteri dello Stato, poichè sono posti su un piano differenziato rispetto allo Stato, sono fuori dal diritto pubblico, non possono 'produrlo' ma esserne solo trasformate. Non a caso quando, nei primi decenni del novecento, divenne evidente che era impossibile costringere nelle rigide forme della società 'interna' tutte le nuove forze sociali, le connotazioni garantiste del modello scomparvero, vennero sacrificate di fronte alla più concreta tutela dello Stato e degli interessi borghesi.

In sostanza, per Brunialti e per gran parte della giuspubblicistica del periodo, un diritto pubblico liberale poteva essere pensato solo in riferimento ad una società caratterizzata da stabilità e da certezze, una società in cui l'elemento politico era totalmente devitalizzato ed in cui le forze sociali venivano comprese nei meccanismi di una costituzione che non poteva essere indirizzata verso nuove scelte di politica costituzionale. I giuristi erano convinti dell'indiscutibilità di questo assetto immobile, capace di contenere tutto il futuro, erano convinti che nella loro forma di governo tutti i conflitti si sarebbero stemperati e composti, sarebbero stati assorbiti e resi omogenei al sistema. L'accordo su questi caratteri prescindeva dai contrasti sul metodo: si poteva

criticare aspramente, come faceva Brunialti, la negazione della politicità del diritto costituzionale ed essere comunque ben partecipi di questo disegno, mirante a negare le scelte contingenti della politica, a uniformare la società, ad assolutizzare le razionalità dell'ideologia liberale.

Ma procediamo con ordine e consideriamo come nasce e come si articola il modello di Brunialti.

I primi scritti del giurista vicentino degli inizi degli anni settanta, ci sembrano particolarmente significativi per indicare come si modella il diritto costituzionale negli anni in cui emerge in maniera netta la questione sociale, in cui i problemi della società sono fatti oggetto di attenzione da parte della classe politica dopo il raggiungimento degli obiettivi risorgimentali. Le pagine a cui facciamo riferimento erano dedicate al tema della rappresentanza proporzionale delle minoranze, un argomento al centro del dibattito politico e giuridico di quegli anni <sup>(15)</sup>.

Il più importante tra questi scritti, una grossa monografia del 1871, si caratterizzava per la forte enfasi posta sulla 'pericolosità' della società. Brunialti sosteneva che l'avvento del suffragio universale era imminente, sottolineava retoricamente l'inarrestabilità dell'«onda della democrazia» <sup>(16)</sup>, avvertiva la classe al potere dell'avvicinarsi della 'apocalisse': con l'accrescersi della prosperità, «col pane queste masse vorranno anche il potere» <sup>(17)</sup>.

<sup>(15)</sup> Oltre a BRUNIALTI, *Libertà e democrazia. Studi sulla rappresentanza delle minorità*, Milano, 1880 (I ed. 1871), i principali scritti composti negli stessi anni in Italia su questo tema furono: F. GENALA, *Della libertà ed equivalenza dei suffragi nelle elezioni, ossia della rappresentanza proporzionale*, Milano, 1871; C. F. FERRARIS, *La rappresentanza delle minoranze nel Parlamento*, Torino, 1870; S. SONNINO, *Della rappresentanza proporzionale in Italia (1872)*, ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari 1870-1922*, Bari, 1972, pp. 65 e ss.

Cfr. anche L. PALMA, *Del potere elettorale negli Stati liberi*, Napoli, 1871; G. PADELLETTI, *Teoria delle elezioni politiche*, Napoli, 1871.

<sup>(16)</sup> BRUNIALTI, *Libertà e democrazia*, cit., pp. 106 e 108: «L'onda della democrazia si inoltra: il suffragio universale procede con la regolarità fatale di una legge di natura».

Il libro era dedicato a Fedele Lampertico e a Luigi Luzzatti. A quest'ultimo Brunialti fa anche riferimento come all'«egregio uomo di Stato che guidò i primi miei passi nello studio delle scienze politiche» p. 54 in nota.

<sup>(17)</sup> *Ibidem*, pp. 439 e 440.

In questa situazione compito della classe dirigente era quello di capire che presto essa sarebbe stata ridotta ad esigua minoranza, priva, in mancanza di un meccanismo elettorale idoneo a tutelare le minoranze, anche della possibilità di essere presente in Parlamento, di 'far valere le proprie ragioni' (18).

L'adozione del sistema proporzionale, secondo il nostro giurista, avrebbe dovuto garantire ancora la presenza dei 'savi' sulla scena politica, permettendo in tal modo all'apparato istituzionale di conservarsi nell'integrità dei suoi sofisticati meccanismi. La sola presenza della « aristocrazia dell'intelletto e della borsa » (19) avrebbe dovuto impedire che le masse incolte, insofferenti delle discussioni, distruggessero e soffocassero ogni libertà nella mediocrità del 'dispotismo del numero'. Da questo punto di vista la rappresentanza delle minoranze non era destinata solo a garantire un cantuccio nel nuovo edificio politico alla classe al potere, ma anche, e soprattutto, a 'salvare' il diritto pubblico, il governo parlamentare, il sistema delle libertà e il giusto equilibrio tra i poteri dello Stato (20). Brunialti, nel tentativo di mostrare veritiere queste sue affermazioni, si disperdeva in lunghe analisi di diritto comparato e in esaltazioni retoriche del rimedio salvifico, ma non spiegava in che modo la sola rappresentanza proporzionale avrebbe potuto evitare tutti i 'mali' temuti.

Quello che ci interessa di questa analisi è che l'emergente nuova società è sentita contrastante rispetto ad un preesistente modello sociale rappresentato come luogo delle naturali e necessarie armonie. La nuova società è 'irrazionale', non può essere

---

(18) Cfr. BRUNIALTI, Recensione a G. PADELLETTI, *Teoria delle elezioni politiche*, cit., in *Archivio Giuridico*, VII, 1871, pp. 431 e ss. Brunialti criticava Padelletti — fautore di una rigida opposizione al suffragio universale — sostenendo che era assurdo adoperarsi per un sistema elettorale ristretto, senza vedere che « ogni giorno segna un nuovo passo del suffragio universale » (p. 436). Cfr. anche: L. PALMA, *La rappresentanza proporzionale nelle elezioni dei consigli comunali*, in *Nuova Antologia*, XXIII, 1873, p. 65: « Nella Carolina del Sud i 90.000 elettori negri, che non posseggono nulla, hanno col sistema attuale, completamente annullato i 60.000 bianchi e questi non solo sono obbligati a pagare le tasse che non votano, ma non possono nemmeno obbligare i vincitori ad ascoltare le loro ragioni ».

(19) BRUNIALTI, *Libertà e democrazia*, cit., p. 107.

(20) Cfr. *ibidem*, pp. 76 e ss.

confrontata con il diritto pubblico, poichè essa gli si contrappone in maniera netta, non lo articola diversamente, ma lo fa scomparire, lo distrugge. La società dei conflitti, dei gruppi e delle classi, la nascente società industriale, è sentita subito come un versante esterno al diritto pubblico <sup>(21)</sup>, un versante che deve soltanto essere mutato. Il problema principale è quello di razionalizzare i nuovi aspetti del sociale e di ricomporre un'immagine unita e solidale della società. Le diverse scelte effettuate nel corso degli anni da Brunialti sono collegate da quest'unico filo, possono dirsi finalizzate ad un solo obiettivo: conciliare la società condurre tutta la società 'esterna' in quella 'interna'.

Negli anni settanta quindi — gli anni della grande paura dei rivolgimenti sociali e della democrazia, gli anni degli « orrori della Comune di Parigi » <sup>(22)</sup> — l'immagine della società si divide, chi la osserva è costretto a rappresentare anche i conflitti e « le masse ». Si apre un elemento di crisi nelle teorie dei giuspubblicisti. Una crisi che è perdita di certezze e di stabilità: il giurista sente che potrà continuare a costruire il diritto solo se saprà superarla ricomponendo l'unità del sociale.

La soluzione fornita da Brunialti a questo problema agli inizi degli anni settanta si fondava, come abbiamo visto, esclusivamente sulla rappresentanza delle minoranze, un 'rimedio' che non impediva, come faceva notare uno storico del diritto, che

---

<sup>(21)</sup> La rappresentanza proporzionale è necessaria, affermava il giovane Carlo Francesco Ferraris, per « restaurare l'ordine nel governo costituzionale, ora minacciato dall'irrompere della società operaia », per « aiutar(e) lo Stato a tenere la Società a freno ». FERRARIS, *Nuovi studi sulla rappresentanza delle minoranze nel Parlamento*, in *Archivio Giuridico*, VIII, 1871, p. 21.

<sup>(22)</sup> Su questi temi cfr. E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, IV, *dall'Unità a oggi*, 3, Torino, 1976, pp. 1714 e ss.; R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, 1979, pp. 115 e ss.; riguardo alle paure determinate dalla democrazia F. CHABOD, *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 1896*, Bari, 1976 (I ed. 1951), vol. I, pp. 396 e ss.

La citazione nel testo è tratta da BRUNIALTI, *Il lusso e la forma di governo*, in *Le moderne evoluzioni del governo costituzionale*, cit., p. 121; cfr. inoltre pp. 127-128 (« chi non si sentì agghiacciare il sangue vedendo i mutilati avanzati della Comune »; e ancora: « sono tristemente note le orgie brutali del Primo Ministero della Comune »); pp. 137, 146; cfr. anche, sullo stesso 'stile', ID., *La monarchia rappresentativa popolare in Italia*, in *ibidem*, p. 56 e 62.

la democrazia manifestasse comunque i suoi effetti 'devastanti' <sup>(23)</sup> e che forniva, se sfrondata dall'apparato retorico esaltante i suoi benefici, una risposta particolarmente debole alla crisi. Nel suo scritto giovanile Brunialti aveva esasperato le condizioni di minacciosità della società, affermando conseguentemente che «la libertà» poteva essere salvata solo se conciliata con la democrazia nella nuova e vincente società delle masse. Era su questo presupposto che si basava la proposta della rappresentanza proporzionale. Una risposta diversa necessitava di una differente analisi della società: occorreva attenuare gli enunciati relativi alla pericolosità del sociale, sostenere che si trattava di «un pericolo immaginario» <sup>(24)</sup>, che la società dei 'savi' non solo non era perdente, ma poteva essere anche universalizzata, proiettata verso l'esterno fino a scomporre ogni elemento contrastante con essa.

È proprio in questa direzione che si mosse il giureconsulto vicentino negli anni seguenti. In alcuni scritti dei primi anni ottanta, sempre relativi alla questione elettorale, egli poneva l'accento, abbandonato il riferimento alla rappresentanza delle minoranze come «panacea per tutti i mali» <sup>(25)</sup>, sulla possibilità di

---

<sup>(23)</sup> Cfr. G. PADELLETTI, *La rappresentanza proporzionale in Italia* (in *Nuova Antologia*, 1871), in *Scritti di diritto pubblico*, Firenze, 1881, p. 258: proviamo a chiederci affermava Padelletti, cosa succederebbe qualora le classi oggi al potere fossero ridotte a minoranza: «troveremmo forse nella proporzionalità dei suffragi un compenso sufficiente al diritto di decisione che saremmo costretti a riconoscere alla nuova maggioranza? Io non lo credo». L'Autore ironizzava sulle affermazioni di Brunialti: «in Italia io non so vedere, dovunque mi volga, questo inoltrarsi furioso dell'onda della democrazia» (p. 257).

<sup>(24)</sup> Così G. PADELLETTI, *La rappresentanza*, cit., p. 257.

<sup>(25)</sup> Brunialti fu impegnato, a partire dalla metà degli anni Settanta, nelle file della Sinistra: nel 1876 fu segretario particolare di Depretis, a partire dal 1878 collaborò, su invito di Zanardelli, alla Commissione per le modifiche alla legge elettorale, nel 1882 fu eletto deputato. In questi anni rivide molte delle posizioni sostenute nel libro giovanile. In un testo del 1878 faceva riferimento alla rappresentanza delle minoranze soltanto come ad un utile aggiustamento della procedura elettorale; pochi anni dopo riconosceva apertamente i suoi errori giovanili: «ho esagerato il valore del potere elettorale in genere e quello della rappresentanza delle minoranze in specie. Ne ho fatto senza volerlo quasi una panacea per i nostri e gli altrui mali». Cfr. BRUNIALTI, *La giusta rappresentanza di tutti gli elettori*, Roma, 1878; la citazione è tratta invece da BRUNIALTI, Prefazione alla seconda edizione (1880) di *Libertà e democrazia*, cit., p. xxx.

garantire la stabilità dei principi base della costituzione attraverso un paziente lavoro pedagogico di innesto di 'valori' nella massa 'incosciente'. Il giurista si proponeva di diffondere certezze, di insegnare « il sentimento del voto » (26), di filtrare e depurare i conflitti della società 'esterna' nelle uniformi caratteristiche presenti nella rappresentazione sociale interna al suo sistema. I 'capaci' potevano, guidati dal giurista, piegare la democrazia a vantaggio della costituzione politica esistente, concepita immobile e perenne. L'argine contro la democrazia era individuato nella stessa superiorità della costituzione e nella indiscutibilità dei valori borghesi. Tutto quello che era fuori da questo assetto era deviante e privo di valore giuridico, doveva essere purificato e trasformato da elemento di crisi in elemento di stabilità. Ogni sforzo doveva essere indirizzato ad eliminare l'immagine sdoppiata della società. In quest'ottica anche la classe politica diveniva portatrice di una « missione morale » (27): edu-

---

(26) BRUNIALTI, *La legge elettorale e politica commentata*, Torino, 1882, pp. xxxvi e ss. Il voto, sosteneva, deve essere concesso solo a chi ne ha « la coscienza », pertanto deve considerarsi elettore « chiunque sa e può esercitare debitamente il diritto suo, cioè con l'indipendenza sufficiente a far sì che sia proprio suo e non altrui ». Ma come individuare questa 'coscienza'? Non certo prendendo come indice il « saper scarabocchiare il proprio nome e leggere sillabando », anzi da questo punto di vista la legge del 1882 — che ammetteva al voto chi avesse superato la seconda elementare e chi avesse saputo sottoscrivere una domanda ad un notaio per l'iscrizione alle liste — era stata, a giudizio di Brunialti, larghissima nel dettare i criteri di capacità.

Sul tema cfr. ancora BRUNIALTI, *La nuova legge elettorale*, in *Nuova Antologia*, XXXIII, 1882, pp. 475 e ss.; ID., *Le riforme legislative nei riguardi del sesso e il voto politico delle donne*, in *Nuova Antologia*, XLVIII, 1879, pp. 51 e ss.

(27) L'espressione è ripresa da G. ARE (*Luigi Luzzatti e il socialismo della cattedra*, in *Alle origini della Italia industriale*, Napoli, 1974), che la usa in riferimento agli intenti di Luzzatti. Sul punto si può notare una stretta affinità tra Luzzatti e Brunialti. Luigi Luzzatti (1841-1927) fu uno studioso, oltre che di economia anche di diritto costituzionale: dal 1866 insegnò questa materia nell'Università di Padova, dove Brunialti fu suo allievo. Esponente di spicco della scuola lombardo-veneta, Luzzatti si caratterizzò all'interno di questo gruppo — come sottolinea Are — per lo sforzo di fornire una giustificazione « filosofica ed etico-religiosa al nuovo indirizzo di politica economica »: « la borghesia italiana — sosteneva Luzzatti — non deve dimenticare che ad un solo patto essa potrà dirigere il movimento politico e sociale del nostro paese, ed è promuo-

care le nuove forze sociali alla perenne costituzione, immetterle in modo graduale nello Stato, senza 'dissolverlo' e senza mutarlo sostanzialmente.

Il ruolo, che il giurista si attribuiva, di guida nei confronti del politico si inserisce in questo quadro di indiscutibilità dell'immagine unitaria della società di fronte all'emergere di contraddizioni e divisioni. Nella nuova situazione sociale ogni momento di decisionalità politica autonoma è da respingere poichè può assecondare le divisioni piuttosto che comporle, può determinare uno 'snaturamento' della società piuttosto che assecondare le sue 'naturali linee di sviluppo'. Nella nuova situazione è il tecnico che deve ergersi a garante, a custode della costituzione, anche contro la realtà e contro la volontà del legislatore.

3. Nella prolusione al corso di diritto costituzionale del 1879, presso l'Università di Pavia, Brunialti indicava come obiettivi primari della scienza del diritto costituzionale «la difesa» delle libere istituzioni contro i 'pericoli' che le minacciavano e ne impedivano il 'naturale' sviluppo: «il sistema parlamentare — affermava — attraversa nell'età nostra una crisi (...). Alla scienza

---

vendo con infinito amore e fine sapienza il progresso intellettuale e morale delle moltitudini» cit. in *ibidem*, p. 296. Su Luzzatti cfr., anche F. CATALANO, *Luigi Luzzatti, la vita e l'opera*, Milano, 1965.

Riguardo invece all'intervento dello Stato nell'economia — un punto su cui la scuola lombardo-veneta si contrappose ai fautori del liberismo ad oltranza — Brunialti ebbe molte incertezze. Fu fautore di un intervento idoneo ad affievolire gli squilibri sociali, ma ritenne sempre che l'ingerenza dello Stato, in quanto produttrice di corruzioni e di incremento del potere della burocrazia, dovesse essere ridotto al minimo: il liberismo rimaneva il vero obiettivo da perseguire. (Cfr., ad es., BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. I, p. 538; *Id.*, *Le moderne evoluzioni*, cit., pp. 18 e 19). D'altra parte queste incertezze furono proprie anche degli esponenti della scuola lombardo-veneta a cui Brunialti fu più vicino: Fedele Lampertico e Luzzatti. Lampertico (1833-1906) — economista e costituzionalista, anch'egli vicentino — in alcuni suoi interventi al Senato si caratterizzò come un fiducioso liberista (sul punto cfr. S. LANARO, *Società ed ideologia nel Veneto rurale (1866-1898)*, Roma, 1976, p. 143; ed in generale su Lampertico pp. 108 e ss.); lo stesso Luzzatti sostenne «una sorta di semi-protezionismo vergognoso di se stesso, ideologicamente e teoricamente sprovveduto» (G. ARE, *Luigi Luzzatti*, cit., p. 268).

nostra è commesso l'alto ufficio di salvarlo, di salvare le libere istituzioni da antiche e nuove forme di dispotismo» (28). Pochi anni dopo questi temi erano ripresi in una prolusione a Torino: la scienza deve preparare « una grande filosofia politica » capace di riassumere i « progressi dell'organismo del popolo » (29), elevando a « dottrina » l'osservazione dei fatti e traendone pratiche applicazioni, in modo che possa divenire « una vera scienza che scopre, che crea » (30).

Il giurista si attribuiva il compito di risolvere la crisi — che abbiamo visto consistere nella divisione della società —, egli poteva saldare le mutevolezze del quadro sociale in uno sviluppo organico e fissare le contingenti scelte del politico nei saldi binari della costituzione liberale. La crisi di stabilità del diritto pubblico poteva essere vinta richiamando in questo campo le certezze delle scienze sperimentali, rendendo lo stesso diritto e la stessa politica una scienza sperimentale, una « scienza vera, consacrata a studiare i cittadini come sono ed i fatti sociali quali avvengono » (31).

Gli esiti di questo studio 'sperimentale' erano certi, conducevano ad affermare sempre, dopo lunghe analisi di diritto comparato e ricostruzioni storiche, la superiorità del governo rappre-

(28) BRUNIALTI, *Le condizioni presenti del sistema rappresentativo*, in *Le moderne evoluzioni*, cit., p. 4.

(29) BRUNIALTI, *La costituzione italiana*, Prolusione al corso di diritto costituzionale letta nella R. Università di Torino, Torino, 1881, pp. 10 e ss. L'elemento della tradizione e quello della scienza erano stati, secondo Brunialti, « esagerati » l'uno in Inghilterra, l'altro in Germania, ma potevano essere « temperati dal genio italiano, così da crescere forza e imprimere un fecondo movimento alla costituzione ».

(30) *Ibidem*, p. 37.

(31) BRUNIALTI, *Libertà e democrazia*, cit., p. 3.

Su questi temi cfr. anche la prolusione al corso libero di diritto costituzionale comparato tenuta da Brunialti presso la R. Università di Roma nel 1872 (*Le istituzioni politiche della Svizzera*, Roma, 1872); ed uno scritto successivo che riprendeva ed ampliava la prolusione del 1872: *La democrazia in Svizzera*, in *Le moderne evoluzioni del governo costituzionale. Saggi e letture*, Milano, 1881, p. 165. Sulla prolusione del 1872, cfr. una Recensione di F. SERAFINI, in *Archivio giuridico*, X, 1872, pp. 425 e ss. Sul diffondersi dello storicismo e del comparativismo nell'ambito degli studi giuridici in seguito all'accoglimento del « metodo positivista » cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, *Ottocento-Novecento*, Bologna, 1966, pp. 196 e ss.

sentativo, la sua capacità di garantire ogni libertà e soddisfare ogni nuovo bisogno, assicurando, attraverso il progressivo e graduale sviluppo delle istituzioni politiche, il benessere generale. Anche in Brunialti, come in gran parte della giuspubblicistica del periodo, l'osservazione positivista dei fatti confluiva con le tesi di Savigny e della Scuola Storica nel negare ogni pericolosa astrattezza giacobina, ogni pretesa di volere inventare la costituzione e nell'indicare nelle naturali e necessarie armonie della società ('interna') l'unico possibile modello 'scientifico' di sviluppo. I fatti e la storia erano usati per dichiarare l'assoluta 'verità' insita nelle istituzioni, per mostrare che le divisioni della società e i suoi contrasti non erano che un'apparenza sotto cui era sotteso un «ordine costante e regolare»<sup>(32)</sup>.

In sostanza gli esiti della scelta per il metodo sperimentale erano già insiti nelle convinzioni descritte precedentemente che muovevano l'analisi del giurista: il risultato doveva essere quello di ricomporre l'immagine unitaria della società e dimostrare la validità dei nessi razionali che legavano l'individuo e lo Stato nella struttura del governo presente.

Il metodo sperimentale non voleva e non poteva fornire un'interpretazione in senso 'non formalistico' del diritto, né contrapporsi alle nascenti astrattezze di un metodo puramente giuridico e formale: non poteva avere esiti realistici, poichè non nasceva dall'esigenza di confrontare il diritto pubblico con la nuova società, ma da quella di eliminare ogni contrasto sociale e politico per rendere ancora possibile il diritto pubblico liberale. Il metodo attento ai fatti, alla storia e alla politica, non raggiungeva mai le istituzioni e lo Stato in un approccio realistico, ma ricomponne la società 'esterna' in quella 'interna' per poi confrontare solo quest'ultima con lo Stato. In tal modo la ricerca storica diveniva apologetica, il reale era trasfigurato la 'natura' ed i 'caratteri' del popolo erano funzionalizzati al modo di essere delle istituzioni. Il metodo pronto a rilevare le discordanze tra i nuovi bisogni sociali e le istituzioni, a sperimentare le condizioni appropriate di convivenza politica, si dissolveva nella contempla-

---

<sup>(32)</sup> G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1871, p. 47. Questo scritto di Saredo era spesso ripreso da Brunialti.

zione dell'assoluta razionalità delle istituzioni presenti, di fronte a cui il giurista non poteva che allineare una sempre uguale costituzione « sperimentale » per un'eterna società ideale.

Il diritto pubblico poteva quindi esistere solo in presenza di una società certa e armonica. Il giurista 'creava' questa società per rendere ancora possibile il diritto. I sistemi potevano poi svilupparsi in maniera diversa: in Orlando, ad esempio, il nesso popolo-Stato, di impronta savigniana, era tale da eliminare ogni riferimento al sociale, il popolo diveniva il primo elemento di una serie di concatenazioni logiche conducenti allo Stato-persona, assunto a centro vitale di tutto il sistema. Orlando assolutizzava nel popolo quella che abbiamo definito la società 'interna' di Brunialti; in entrambi i casi quello che restava fuori dal sistema era non giuridico, era privo di senso e di effetti per il diritto pubblico.

In Orlando l'unità della società non era ottenuta, ma era immediatamente data dall'esistenza del popolo; porre in primo piano il popolo significava esaltare l'unità del sociale, rendere possibile il diritto <sup>(33)</sup>. In Brunialti, invece, la ricomposizione del sociale seguiva una strada più tortuosa che raggiungeva comunque esiti non dissimili da quelli orlandiani, assolutizzando le certezze e le razionalità borghesi come unico possibile modo di intendere e costruire il diritto.

È opportuno specificare ulteriormente la via seguita da Brunialti. Il costituzionalista, come abbiamo visto, si attribuiva 'l'alto ufficio' di risolvere la crisi del sistema parlamentare e dello stesso diritto pubblico, riunificando la società divisa. La scomposizione della società produceva nel modello di Brunialti una scissione della scienza giuspubblicistica e delle competenze del giurista: il ruolo del giurista (e del diritto pubblico in senso stretto) cresceva col crescere dell'immagine di una società ordinata ed armonica, scompariva (ed il diritto cedeva il posto alle scienze politiche) di fronte ad una società complessa e contraddittoria.

---

<sup>(33)</sup> Su questi temi si rinvia a R. RUFFILLI, Recensione a S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, 1972, pp. 386 e ss.; M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale*, cit.; P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit.

La divisione della società produceva una (temporanea) divisione disciplinare, alle due società corrispondevano due scienze: il diritto pubblico e la scienza politica. Il diritto pubblico — affermava Brunialti — « studia lo Stato nella sua vita normale; ne scruta l'organismo, addita le condizioni permanenti e fondamentali della vita sua, la forma e la necessità dei suoi rapporti »<sup>(34)</sup>, mentre la scienza politica studia gli elementi instabili e dinamici, osserva « lo Stato nella sua azione e nel suo sviluppo »<sup>(35)</sup>, e le relazioni dell'organismo politico-amministrativo (indagato dal diritto) con le condizioni sociali<sup>(36)</sup>.

La società 'esterna' otteneva una sua scienza che divideva lo studio dello Stato; ma la divisione era solo temporanea — come temporanea ed apparente era, per il nostro giurista, la divisione della società — poichè le diverse scienze convergevano in un solo punto, verso una sola società: quella del diritto pubblico. La società 'esterna' non era un reale oggetto di studi, non poteva modificare lo Stato, distribuire ed articolare diversamente i poteri, essa era soltanto il versante negativo di un polo positivo sempre presente e indiscutibile.

Per cui lo « scopo elevatissimo » della scienza politica, quello di « formare governi sapienti » e di « illuminare e dirigere la pubblica opinione »<sup>(37)</sup>, era convergente con il sistema di diritto

<sup>(34)</sup> BRUNIALTI, *Le scienze politiche nello Stato moderno*, in *Biblioteca di Scienze Politiche* (d'ora in poi BSP), I serie, vol. I, Torino, 1884, p. 10.

<sup>(35)</sup> *Ibidem*, p. 17; cfr. anche p. 16: « certamente la politica non può andare confusa col diritto pubblico come l'azione dello Stato è distinta dal suo organismo ».

<sup>(36)</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 16 e 17.

La scienza politica andava distinta, ma non separata, dalle scienze sociali: « nessuno può seriamente immaginare sia possibile specialmente a di nostri, costruire una dottrina dello Stato, dettare norme alla sua azione, o studiare e dirigere le forze onde può disporre, senza sapere prima cosa sia la società umana, quale la sua struttura, quali le forze che la sostengono e come queste agiscano » (p. 18).

<sup>(37)</sup> BRUNIALTI, *Le scienze politiche*, cit., p. 62. Su questi aspetti cfr. le osservazioni di P. SCHIERA, *Amministrazione e costituzione politica: verso la nascita della scienza politica*, in *Il pensiero politico*, XV, 1982, pp. 86 e 87.

Secondo Brunialti la scienza politica doveva « indagare, perfezionare e suggerire le norme più adatte al buon governo degli stati, distruggere gli errori e i pregiudizi formulare le conclusioni insegnate dalla storia » (*Le scienze politiche*,

pubblico, doveva riportare la società 'esterna' in quella 'interna'. Non a caso il compito essenziale dello scienziato politico era, secondo Brunialti, quello di guidare il governo e la pubblica opinione a riconoscere l'assoluta validità della forma di governo « ad ogni altra superiore »<sup>(38)</sup>, che muta il disordine in ordine, accresce « la solidarietà tra le diverse parti della società », « la dignità del cittadino », la forma di governo in cui « le corruzioni scemano », in cui « gli antagonismi violenti di classe, fomenti di civili discordie, scompaiono »<sup>(39)</sup>.

La proposta effettuata attraverso gli scritti sulle scienze politiche — la stessa sottesa, a nostro giudizio, a tutto il progetto della *Biblioteca di Scienze Politiche*, di cui Brunialti fu direttore dall'anno della fondazione, nel 1884, sino al suo termine, nel secondo decennio del novecento<sup>(40)</sup> — di creazione di un sistema

---

cit., pp. 11 e 12); cfr. ancora p. 60: « ... la scienza politica nella società sarà guida ottima e sicura traverso le più incoscienti agitazioni e mostrerà che tutti i bisogni possono essere rettamente soddisfatti ».

Si può notare sul punto una estrema vicinanza con i compiti affidati da Mosca alla scienza politica: respingere le dottrine erronee sulla società e lo Stato, formulare dottrine scientifiche utilizzando il metodo storico. Cfr. N. BOBBIO, *Mosca e la scienza politica* (1962), ora in *Saggi sulla scienza politica in Italia*, 1977 (I ed. 1969), pp. 187 e 188. Un accenno alle differenze esistenti tra il metodo di Mosca e quello di Brunialti è in G. SOLA, *Una rilettura critica dei principali testi di Gaetano Mosca*, in *Archivio Internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica*, serie italiana, vol. I (*La dottrina della classe politica e i suoi sviluppi internazionali*), pp. 167 e 168. In generale sui rapporti tra Mosca e la giuspubblicistica del periodo cfr. M. FIORAVANTI, *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: due itinerari paralleli*, in *ibidem*, pp. 349 e ss.; ID., *Costituzione, governo e classe politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14, 1985, pp. 561 e ss.

<sup>(38)</sup> BRUNIALTI, *Le scienze politiche*, cit., p. 37.

<sup>(39)</sup> *Ivi*.

<sup>(40)</sup> Ciò è valido soprattutto per le prime due serie della *Biblioteca*, quelle dirette esclusivamente da Brunialti, non invece per la terza serie allorchè Brunialti fu affiancato nella direzione da Oreste Ranelletti e Giulio Cesare Buzzatti. Nella prima serie (1884-1892), l'interesse maggiore era volto verso il governo parlamentare inglese, cfr. il terzo volume (1886) ed il quarto (1888) contenenti rispettivamente l'opera di Todd (*Il governo parlamentare in Inghilterra: sua origine, svolgimento ed azione pratica*) e quella di Thomas Erskine May (*Leggi, privilegi, procedure e consuetudini del parlamento inglese*). Il sesto volume (1891), dedicato agli stati federali, raccoglieva una serie di opere sulla costituzione

con governanti 'sapienti' e governati 'colti', era finalizzata a rendere possibile, di fronte al complicarsi della società, la pensabilità del diritto, a fornire un ordine, delle stabilità, dei punti indiscutibili sia in basso, verso l'opinione pubblica, sia in alto, verso il governo. Scopo della scienza politica di Brunialti era quello di 'creare' la società necessaria per il diritto pubblico, composta da elementi certi, stabili e permanenti.

Il momento di massima 'apertura' al sociale e alla politica si traduceva per un verso in un ritorno al quadro di relazioni idealizzate tra Stato e società, per l'altro in una negazione di ogni autonomia del politico e nell'esaltazione del ruolo del 'tecnico' <sup>(41)</sup> che guidava l'azione dello Stato e ne dettava i giusti

americana in un primo tomo e, in un secondo, degli scritti sulle costituzioni della confederazione svizzera. Il primo volume della *Biblioteca* fu dedicato alla democrazia e conteneva la prima traduzione in italiano della celebre opera di Tocqueville, *La democrazia in America*. Nel secondo volume (1886) erano raccolti saggi dedicati alle forme di governo (scritti di De Parieu, Passy, Hosmer, De Laveleye, J. Stuart Mill). I tre restanti volumi furono dedicati alle libertà nello Stato moderno — il quinto — (con scritti di J. Stuart Mill, Lieber, B. Constant, Laboulaye, V. E. Orlando); alle diverse dottrine dello Stato — il settimo — (con scritti di O. Bähr, Ahrens, Gneist); e — l'ottavo — ai rapporti tra Stato e la Chiesa. Le prefazioni agli otto volumi erano tutte di Brunialti.

La seconda serie (1894-1914) ebbe un'impronta di tipo amministrativo: di particolare rilievo le traduzioni nel primo volume (1897) del manuale di scienza della pubblica amministrazione di Stein e nel terzo (1896) quella di Gneist, *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*. Il volume settimo era interamente occupato dai due grossi tomi del Manuale di diritto costituzionale di Brunialti (*Il diritto costituzionale e la politica*, cit.), il quarto e il quinto volume dal Manuale di diritto amministrativo (*Il diritto amministrativo italiano e comparato*).

La terza serie si caratterizzò per una particolare attenzione ai problemi di diritto internazionale e per un taglio più 'giuridico', si pensi alle traduzioni di Laband (*Il diritto pubblico dell'Impero germanico*) e di Triepel (*Diritto interno e diritto internazionale*).

Cfr. su Brunialti organizzatore di cultura e sulla *Biblioteca*: I. PORCIANI, *Attilio Brunialti e la «Biblioteca di Scienze Politiche». Una proposta di ricerca su intellettuali e Stato dal trasformismo all'età giolittiana*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale tra Otto e Novecento* (a cura di A. Mazzacane), Napoli, 1986, pp. 191 e ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. in questo senso le citazioni di Saredo in BRUNIALTI, *La legge nello Stato moderno*, in BSP, serie I, vol. 3, p. cv; cfr. ancora p. CCLXXXVIII sull'esi-

limiti. L'apertura alla società era solo apparente, non implicava una comprensione dei mutamenti sociali in corso. È vero che nel modello di Brunialti emerge un ruolo 'interventista' dello Stato, ma questo nuovo compito non va enfatizzato. L'intervento dello Stato non è sentito incompatibile con le preesistenti certezze liberiste: lo Stato deve solo mostrare i benefici della 'vera' società ai non ancora 'affezionati' al sistema e poi ritrarsi nei suoi giusti limiti (42).

Il problema fondamentale è solo quello di vanificare i contrasti sociali. Questo aspetto è continuamente presente anche nelle numerose opere dedicate da Brunialti alla questione coloniale. Anche in questi scritti si affrontava un problema collocato sul versante esterno del sistema ed era necessario ribadire le certezze dell'unico modello di sviluppo contro gli « ideali dissolventi » presenti nella società, contro l'assurda tesi « che nessuna grandezza si possa raggiungere senza mutare la forma di governo, la più stupida e forse la più pericolosa panacea » (43). Non è un caso,

---

genza che il legislatore seguisse la 'legislazione sperimentale' indicata dai 'tecnici'. Per negare la « onnipotenza del legislatore » si poteva poi pescare a caso nel frasario di Hippolyte Taine (p. cxxvii), rifarsi agli « immensi benefici » apportati dalla Scuola Storica (p. cvI), richiamarsi ai fatti sociali mostrati dalla statistica (p. cviii).

(42) BRUNIALTI, *Le condizioni presenti*, p. 25: « il sistema costituzionale non potrà durare, se coloro che sono chiamati a svolgerlo non terranno conto di tutte le forze sociali, se non eserciteranno sulle classi meno adatte ad apprezzarlo una influenza sufficiente, almeno sino a che tutti vi si saranno affezionati per l'evidenza dei benefici, sino a che tutti sentiranno la forza degli interessi collettivi ».

(43) BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale: studi e proposte*, Milano, 1885, 343-344. Anche nel caso di Brunialti le proposte espansioniste consideravano più la politica interna che quella estera. « Il nostro sonno » — proclamava — sta per divenire « letale » in seguito al diffondersi di « ideali dissolventi »: « si celebra la triste Comune di Parigi, con più fede in Romagna che a Parigi, si accenna apertamente a programmi federalistici (...), infine la gioventù si gitta nelle più infeconde agitazioni » (pp. 343 e 344).

Innumerevoli furono gli scritti di Brunialti sul colonialismo. Pubblicò una lunga serie di articoli su il *Bollettino della Società Geografica Italiana*, a partire dal 1873 (Brunialti fu vice segretario dal 1872, e dal 1874 al 1878, segretario della Società Geografica Italiana); sulla *Nuova Antologia*, dal 1878; su *L'Illustrazione italiana*, dal 1880; sulla *Rassegna Nazionale*, dal 1880. Anche il suo unico intervento nell'*Annuario di scienze giuridiche, sociali e politiche*, diretto da Carlo

quindi, che i motivi espansionistici, l'esigenza di creare gli « ideali del grande Stato », gli « ideali grandi e virili atti a muovere una grande nazione » (44), fossero richiamati negli studi di scienza politica (45).

La figura di Brunialti esperto di scienze politiche — e, si può aggiungere di fervente sostenitore dell'espansionismo coloniale — non si contrapponeva, ma era complementare, alla figura di Brunialti giuspubblicista, tecnico della 'miglior forma di governo possibile' in cui tutto il sociale doveva contrarsi.

4. La contrazione di tutto il sociale nel sistema del giurista e la negazione di ogni spazio autonomo di decisionalità per il politico sono elementi che rimasero immutati anche quando Brunialti — in contrasto alla posizione di Orlando che negava la presenza nell'ambito giuridico della politica — sostenne che gli strumenti di analisi propri delle scienze politiche dovevano essere utilizzati anche nello studio del diritto costituzionale. La disputa sul metodo, successiva alle prolusioni orlandiane, non aggiungeva elementi nuovi a quelli fin qui considerati, allontanava solo apparentemente le posizioni di Brunialti da quelle di Orlando, ma gli aspetti essenziali del loro discorso rimanevano simili.

Non si può denotare in maniera diversa il diritto pubblico dei due giuspubblicisti valutando soltanto la presenza o l'assenza

Francesco Ferraris, fu dedicato a *La questione delle colonie* (1882). Cfr. inoltre BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, in BSP, serie II, 9, 1897; in cui si ricostruiva la storia delle colonie e si affermava che una tradizione millenaria richiamava l'Italia — « l'antica dominatrice del Mediterraneo » — in Africa. Il libro era, però, critico nei confronti della 'megalomania' crispina. Cfr. sul punto O. CONFESSORE, *La Rassegna Nazionale e la politica coloniale crispina (1893-1896)*, in *Rassegna Storica del Risorgimento*, LIV, 1967, pp. 11 e ss.

(44) BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., pp. 243, 344 e ss.

(45) Cfr. il richiamo effettuato a Turiello in BRUNIALTI, *Le scienze politiche*, cit., p. 73, sull'esigenza di « una grande e nuova riscossa virile, una seconda pruova di armi e di fuoco ».

Diverse erano le posizioni di Brunialti e di Turiello invece riguardo al governo parlamentare e alle proposte di una rappresentanza per ceti che fu accettata da Turiello, ma sempre respinta da Brunialti. Su Turiello cfr. in particolare A. ASOR ROSA, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, IV, dall'Unità a oggi, 2, Torino, 1975, pp. 921 e ss.

di riferimenti alla politica nelle loro dichiarazioni metodologiche. Per Orlando, com'è noto, la costruzione della scienza giuridica esigeva una chiara distinzione tra diritto e politica: un vero giurista non poteva che privilegiare il solo studio del diritto <sup>(46)</sup>. Brunialti invece affermava l'interdipendenza e l'inseparabilità dei due settori: « rinnegando o disconoscendo l'azione della politica sul diritto costituzionale si può riuscire ad un mirabile concetto di Stato giuridico, non allo Stato costituzionale moderno » <sup>(47)</sup>.

Il giurista vicentino attaccava direttamente Orlando, definiva la distinzione di questi « esagerata e formale » <sup>(48)</sup>, esaltava l'« intimo legame » esistente tra il diritto costituzionale e la politica, un legame che era molto di più di « una semplice relazione tra due scienze », realizzava « quasi una sola scienza » <sup>(49)</sup>. Sviluppando queste affermazioni egli andava oltre le posizioni degli altri autori dell'indirizzo storico-politico, cui diceva di far riferimento <sup>(50)</sup>, e giungeva ad attribuire al diritto costituzionale la qualifica di « scienza eminentemente politica » <sup>(51)</sup>. Posizione che esasperava la disputa metodologica e negava ai diversi 'schieramenti' qualsiasi possibilità di conciliarsi, al punto che Carmelo Caristia — un convinto sostenitore dell'irriducibilità del diritto costituzionale al solo angolo visuale strettamente giuridico — si sentì obbligato a criticarla duramente <sup>(52)</sup>.

<sup>(46)</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in *Diritto Pubblico generale*, cit., p. 355; ORLANDO, *Diritto e politica* (1893), in *ibidem*, pp. 70 e ss.; ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale* (1889), Firenze, 1928, pp. 142 e ss.

<sup>(47)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. I, cit., p. 30.

<sup>(48)</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 48 e 49.

<sup>(49)</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>(50)</sup> Brunialti si rifaceva ad Arcoleo che affermava: « in uno Stato veramente costituzionale non si possono separare i problemi giuridici dai politici »; cit. (da G. ARCOLEO, *Diritto e politica*, 1884), in *ibidem*, p. 49.

<sup>(51)</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>(52)</sup> Cfr. C. CARISTIA, *Degli odierni indirizzi nel diritto costituzionale italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1913, p. 71: il rilievo dato da Brunialti all'elemento politico assumeva, secondo Caristia, « una chiara posizione di dominio sull'elemento giuridico », che dava luogo ad una « riconosciuta preponderanza degli elementi sociali e politici di fronte a quelli giuridici ». Una simile impostazione eccessivamente politica andava respinta: « non è lecito attribuire, senz'altro alla

Se ci si ferma a valutare queste dichiarazioni, il diritto pubblico di Brunialti e di Orlando può essere considerato caratterizzato da concezioni completamente diverse. Ma basta abbandonare le pagine dedicate ai principi metodologici per notare come il contrasto si vanifichi per lasciare emergere una visione sostanzialmente comune <sup>(53)</sup>.

Una prima confluenza era presente proprio nel punto in cui appariva maggiore il contrasto, riguardava la stessa concezione della politica che era connotata, sia dal giurista siciliano che da quello vicentino, in modo 'negativo'.

Il diritto costituzionale 'eminentemente politico', la politicità del diritto non si traducevano nel modello di Brunialti nell'accettazione di una pluralità di indirizzi e di forze sociali, così come la scienza politica, sostenuta dal nostro giurista, non era volta a riconoscere, ma a negare e ad eliminare gli aspetti del sociale e del politico contrastanti con l'immagine armonica di società in riferimento alla quale era possibile fondare il diritto. Sostenere la politicità del diritto significava legittimare, nell'ambito giuridico, l'uso degli strumenti della scienza politica che erano idonei a controllare ogni spazio non contemplato dalle regole del diritto, a impedire che qualche componente politica o sociale, estranea al corretto funzionamento del sistema sostenuto dal giurista, si introducesse nei suoi meccanismi istituzionali. La politica era affermata solo per essere negata e spoliticizzata.

Fondendo il diritto costituzionale con la scienza politica, Brunialti si proponeva un obiettivo più ambizioso di quello di Orlando, voleva, usando tutti gli strumenti di osservazione scientifica, eliminare ogni autonomia del politico, non solo nelle zone proprie del diritto, ma anche in quelle che inevitabilmente — poichè la scienza giuridica non poteva « prevedere e controllare

---

nostra disciplina il carattere di scienza politica. Giacchè in essa l'elemento giuridico e la sua elaborazione, pur non riuscendo ad avere un posto preponderante, hanno, certo, un posto notevole che va aumentando ogni dì di importanza ».

<sup>(53)</sup> In generale su questi temi cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., cfr. in particolare p. 431: « Sembra in realtà difficile sostenere che all'interno della formazione disciplinare giuspubblicista, le dichiarazioni di metodo si prolunghino in una coerente e deduttiva costruzione dell'oggetto ».

tutti gli incidenti della vita » (54) — restavano fuori. Il giurista-scienziato della politica aveva, secondo Brunialti, strumenti ulteriori, rispetto a quelli forniti dal solo diritto, per ridurre le variabili ad un ordine costante e regolare, per disciplinare ogni spazio e per vincere ogni instabilità. La politica, pur essendo proclamata elemento 'vivificatore' del diritto, non poteva che essere costantemente respinta come luogo di scelte, di incertezze e di mutamenti non calcolati scientificamente.

La visione negativa della politica attraversa l'intera teoria pubblicistica del nostro giurista ed emerge con costanza sia guardando verso il basso, alla società come luogo di pluralismo, sia verso l'alto, alle funzioni di indirizzo del governo. Consideriamo, in queste diverse direzioni, due soli esempi.

L'opinione pubblica era rappresentata da Brunialti come uno dei poteri dello Stato; egli sosteneva che negarle questo carattere, poichè non poteva assumere espressione giuridica, significava « non tener conto dell'elemento politico » (55), non valutare « la partecipazione energica, sincera, operosa di tutto il popolo alla vita pubblica » (56). Ma « la partecipazione » era inserita dal giurista

(54) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. I, cit., p. 39: « Lo Stato potrà essere giuridico sino a che si vuole, si potrà fare, per esempio, persino una legge sulle perquisizioni in caso di guerra che vieti di impiegare una guida per oltre cinque giorni, o un battello privato in luoghi pericolosi, ma solo la politica determinerà quei criteri di suprema necessità che dovranno all'uopo prevalere ». Secondo Brunialti un approccio più ampio di quello puramente giuridico, avrebbe permesso di controllare anche questi settori (pp. 38 e 39).

(55) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. I, cit., pp. 331 e ss.: « la pubblica opinione, con le varie attività del cittadino, in quanto agiscono nel senso della costituzione, stampa, riunioni, associazioni, partiti, azioni degli uomini politici, costituisce un vero potere che insieme all'esecutivo, al legislativo, al giudiziario e all'elettorato, determinano la qualità, il modo, l'indirizzo, l'azione del governo di uno Stato ».

La teoria criticata da Brunialti era quella di Orlando: « la pubblica opinione — affermava Orlando — non può essere potere dello Stato, ma solo una forza politica », poichè « l'idea di un potere dello Stato implica quello di organizzazione: in altri termini non basta constatare l'esistenza di una forza politica, ma bisogna che essa si traduca in istituti che fanno parte del diritto pubblico positivo ». V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in BSP, serie I, vol. 5, pp. IIII e III2.

(56) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. I, cit., pp. 748.

vicentino in un rigido schema di tipo organicista: l'opinione pubblica non era espressione di interessi politici multiformi, ma voce monocorde della società 'interna'; «la politica fatta cosa di tutti» esprimeva un consenso già dato, quello dei cittadini 'educati' al sistema, i soli cui il concetto di opinione pubblica faceva riferimento.

La composizione, l'organizzazione e lo svolgimento della vita del Gabinetto erano presentati, anch'essi, come un fenomeno complesso e «inesplicabile a coloro che cercano ovunque l'elemento giuridico» (57). Ancora una volta, però, la critica al 'chiuso' sistema giuridico non era in grado di affermare una teoria che avesse nel confronto con le mutabili scelte degli indirizzi politici uno dei suoi punti alti. Questa volta era Brunialti, 'l'estremista' della politicità del diritto, a sentire il bisogno di contrastare gli autori che avevano sostenuto l'esclusiva presenza di considerazioni politiche nell'azione del Gabinetto (58): «parmi esagerazione l'affermazione che la funzione legislativa del Gabinetto si svolga con la più completa soggezione della funzione giuridica più eminente dello Stato alla politica», anche in questo campo, continuava, «il sacrificio del diritto non è completo» (59).

L'esclusivo riferimento ad una società esente da aspetti contraddittori e conflittuali era l'elemento che impediva alle affermazioni metodologiche, relative alla politicità del diritto, di svilupparsi coerentemente in tutto il sistema. Per non negare questa società il giureconsulto vicentino doveva inserire la politica in moduli che la inaridivano oppure accettare una visione subalterna a quella degli autori che a nessun costo intendevano far penetrare la politica nel diritto.

---

Cfr. su questo tema N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, 1980, pp. 420 e ss.; J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, 1977.

(57) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, 1900, vol. II, p. 310.

(58) *Ibidem*, pp. 346 e 347: «non si può negare che il Gabinetto si lasci guidare nella sua azione legislativa principalmente da considerazioni politiche, ma non è giusto affermare, come fanno Gaetano Mosca, Vincenzo Miceli ed altri, che vi manchi qualsiasi criterio giuridico».

(59) *Ivi*.

5. La struttura del modello di Brunialti è stata fin qui considerata senza riferimenti specifici ai contenuti; sarebbe stato, d'altronde, difficile parlare di contenuti senza prima presentare i punti del sistema che li sostenevano e li rendevano possibili. Le affermazioni 'concrete' presupponevano il modello nella sua globalità, presupponevano, per quello che ci interessa, un'immagine sempre e comunque unitaria della società ed una preminenza del ruolo del giurista. Aspetti che rendevano possibili i contenuti e la stessa esistenza del diritto pubblico, poichè respingevano la crisi che lo avrebbe distrutto.

L'obiettivo fondamentale, anche nello studio dei singoli istituti, doveva essere quello di vincere la crisi, di negare i contrasti, di ribadire la necessarietà dell'assetto di potere esistente, di mostrare l'armonia della forma di governo come specchio fedele, come logica traduzione in termini istituzionali, della armonia della società.

Le scelte di politica costituzionale di Brunialti possono essere meglio valutate partendo da un punto che è ancora preliminare rispetto ad esse, ma che rinvia immediatamente al loro modo di essere: il riferimento al modello inglese.

La storia delle istituzioni inglesi era utilizzata come puntuale verifica delle affermazioni teoriche, come luogo mitico in cui fatti, esperienze e tradizioni si saldavano strettamente insieme in una costituzione che era « il risultante naturale e necessario di tutte le forze latenti della vita del popolo »<sup>(60)</sup>. La costituzione inglese — che doveva essere « studiata, notomizzata in ogni sua parte, seguita in tutte le fasi della sua vita »<sup>(61)</sup> — forniva un esempio di sviluppo lineare ed organico, dava fatti da opporre agli arbitri ed alle astrazioni giacobine, allontanava ogni movimento pertur-

---

(60) BRUNIALTI, *La costituzione inglese negli ultimi cinquant'anni*, in *Le moderne evoluzioni*, cit., p. 224. Le stesse affermazioni sono, come al solito, presenti in altri testi di Brunialti: cfr. *Guida allo studio*, cit., p. 205; *Il governo parlamentare in Inghilterra e in Italia*, in BSP, serie I, vol. 3, Torino, 1886, p. XI.

(61) BRUNIALTI, *Il governo parlamentare in Inghilterra e in Italia*, cit., p. XCIV. Cfr. anche L. LUZZATTI, *Prefazione a CORNEWALL LEWIS, Qual è la miglior forma di governo*, in BSP, serie I, vol. 2, p. 3: l'autore invitava gli italiani e i francesi ad abbandonare « i voli dell'immaginazione » e ad accostarsi alla « scienza politica baconiana » degli inglesi.

batore, dava la possibilità ai suoi 'anatomisti' di proiettare concretezze nei loro modelli istituzionali e sociali rendendoli 'reali'.

L'immagine del graduale sviluppo inglese convinceva il giurista che il suo modello teorico, organico e munito di libertà inserite in giusti confini, rappresentava nelle sue solidarietà e nel suo ordine tutta la realtà, la 'vera realtà' che avrebbe sconfitto la lotta di classe e il socialismo, e che avrebbe costretto nelle sue forme tutto il futuro <sup>(62)</sup>. Le armonie del modello inglese erano proclamate per sostenere l'universalità dell'ideologia liberale, l'insostituibilità dell'assetto sociale ed istituzionale italiano; in questa rappresentazione la costituzione inglese più che dire quello che *doveva* essere la costituzione italiana, *era* la costituzione italiana, che diveniva essa stessa un modello, a metà tra reale e immaginario, in cui il giurista contemplava la visione di uno Stato armonicamente ordinato e conciliato con la società <sup>(63)</sup>.

Il sostegno di Brunialti al governo parlamentare presupponeva le immagini della società e delle istituzioni ottenute attraverso questo procedimento; il governo parlamentare aveva senso e produceva effetti benefici solo in relazione al modello <sup>(64)</sup>. Le ga-

<sup>(62)</sup> Cfr. L. LUZZATTI, *Le classi dirigenti e gli operai in Inghilterra. A proposito della lotta di classe*, in *Nuova Antologia*, CXXVI, 1982, in particolare, p. 206: « Certo in nessun altro paese si è meglio che in Inghilterra compresa la stupenda e terribile legge di solidarietà che collega la coltura all'ignoranza, l'agiatezza alla miseria ».

<sup>(63)</sup> Ad esempio: nel governo costituzionale — affermava Brunialti — le « classi superiori » trovano il loro « posto naturale » e possono conservarlo impartendo « benefici ai diseredati dalla fortuna » e contribuendo a « migliorare le condizioni della società » (*La monarchia rappresentativa popolare*, in *Le moderne evoluzioni*, cit., p. 82); un contenuto a queste affermazioni era però dato guardando non alle 'classi superiori' italiane bensì a quelle inglesi: « l'aristocrazia inglese non si impicciolisce, non si arresta, non si acceca mai, vede chiaro nell'avvenire, lo prepara e lo domina; determina l'avvento della democrazia educando i futuri padroni », ID., *Le forme di governo*, in BSP, serie I, vol. 2, Torino, 1886, p. LXXXVIII. Cfr. anche *Il governo parlamentare in Inghilterra e in Italia*, cit., p. XLIV; e ID., *Il lusso*, cit., pp. 153-154.

<sup>(64)</sup> Non a caso una delle preoccupazioni principali di Brunialti fu quella di respingere le critiche al parlamentarismo. Egli giunse a negare la presenza di qualsiasi vizio proprio del sistema e a ritenere non esistente alcuna degenerazione: cfr. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. I, p. 530; cfr., ancora, p. 521: « ma che cosa sono mai tutti questi vizi, a paragone delle

ranzie costituzionali erano reclamate o difese solo se erano una manifestazione dell'immagine unitaria del sociale evocata dal giurista, solo se si inserivano senza contraddizioni all'interno dell'unilineare sviluppo 'inglese-italiano'. In altre parole: si potevano richiedere, guardando l'Inghilterra, maggiori garanzie di libertà e un potere giudiziario indipendente ed autonomo, si poteva invocare il rafforzamento del governo di Gabinetto, ma tutto ciò doveva realizzarsi nei limiti segnati dall'organico sviluppo inglese che, secondo il nostro giurista, garantiva le libertà nella stabilità, immettendo nel solco della tradizione e della storia tutte le nuove forze sociali.

Il giurista vicentino traeva quindi dal modello inglese, insieme agli elementi garantisti, anche, e soprattutto, la fragilità teorica e i limiti intrinseci al suo disegno garantista: il riferimento ad un unico modo di essere della società e ad un unico tipo di sviluppo, l'assolutizzazione delle razionalità di una società uniforme che appariva sempre più staccata dai nuovi conflitti sociali e incapace di contenerli.

Il modello teorico prescelto imponeva delle continue mediazioni, costringeva l'analisi di ogni istituto in un precario equilibrio di soluzioni eclettiche che affermavano e nel contempo negavano i diversi elementi. Il volontarismo, il fondamento contrattuale della sovranità, la preminenza della legge e della costituzione sull'amministrazione dovevano necessariamente incastornarsi nell'armonico quadro teorico complessivo; bisognava così devitalizzare la volontà del popolo, mediare organicismo e contrattualismo, tradurre la preminenza della legge in quella del giurista.

---

continue, vaste, generali ruberie, delle malversazioni quotidiane dell'amministrazione turca ... »; p. 538: « non conosco nessun caso di corruzione o di peculato, sebbene si agitarono processi di molti milioni ».

Com'è noto totalmente diversa era la posizione del giovane Mosca: i « mali » sono « inerenti al loro sistema, e non evitabili che con una nuova organizzazione politica, basata su altri principi generali e condotta con altre pratiche norme ». *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1884), ora in *Scritti politici* (a cura di G. Sola), vol. I, Torino, 1982, p. 489. Cfr. anche *Id.*, *Le costituzioni moderne* (1887), in *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, il paragrafo del terzo capitolo intitolato: « Mali del regime rappresentativo e sua impotenza organica a guarirli », p. 531.

Bisognava, ad esempio, difendere il governo parlamentare dal modello rivoluzionario giacobino, dalle teorie di coloro che « esagerarono e fraintesero il principio della sovranità popolare », intendendola « inorganica e senza limiti », dalla scuola di Rousseau, « più di tutte temibile perchè guarda all'avvenire » (65). Per respingere queste teorie il giurista utilizzava delle argomentazioni organiciste che traeva dal frasario positivista e da quello storicista-savigniano. Solo dopo aver posto l'argine contro 'l'esterno', dopo aver posto la democrazia e tutto 'l'avvenire' negli organici confini del modello, poteva affermare il governo parlamentare e schierarsi, utilizzando parte delle teorie prima respinte, contro i fautori del modello giuridico tedesco che intendevano fondare, esasperando l'organicismo, l'intero ordinamento su « poche formule sistematiche » (66), contro i sostenitori del momento burocratico

---

(65) BRUNIALTI, *Guida allo studio*, cit., p. 279.

(66) Tra le scuole contrarie al governo parlamentare, Brunialti comprendeva anche la « scuola giuridica »: « i partigiani di questa scuola cercano nell'ordinamento dei poteri pubblici principalmente l'elemento giuridico, ma la loro ricerca sente troppo le tradizioni dello Stato tedesco ed è per conseguenza informata ad opinioni un po' assolutistiche. Inoltre s'affatica con molto ed inutile sforzo a ridurre a poche formole sistematiche il contenuto così complesso del diritto pubblico, concedendo nulla alla politica, troppo poco alla diversità delle condizioni storiche ». *Ibidem*, pp. 278 e 279. Cfr. anche *La costituzione italiana*, cit., pp. 7 e ss. Tra questi autori cita Stein, Gerber, Gneist, Maurus.

« Questo concetto giuridico dello Stato può conciliarsi — proseguiva Brunialti — coi principi del sistema costituzionale e con un largo sviluppo del *self-government*; ma le esagerazioni alle quali accennano alcuni scrittori, insieme a certe esagerazioni delle dottrine di Spencer, ci condurrebbero diritto a nuove forme di assolutismo »; *Rechtsstaat* e governo parlamentare potevano essere conciliati. Ma queste affermazioni non trovarono ulteriori sviluppi negli scritti di Brunialti. Com'è noto la vita della 'conciliazione' delle tesi sullo Stato giuridico con il governo parlamentare fu percorsa in quegli anni da Vittorio Emanuele Orlando (cfr. *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345 e ss.). Orlando iniziava il suo studio facendo riferimento proprio a Brunialti: « un egregio scrittore di diritto costituzionale ».

Su questo scritto di Orlando cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando*, cit., p. 104, che nello sforzo di Orlando di mostrare come il governo parlamentare fosse *Rechtsstaat* individua l'aspetto specifico che distinse il lavoro di Orlando « dalla pubblicistica della Destra, e (...), dai giuristi tedeschi, dal Gerber, Laband allo Gneist ». Cfr. la diversa analisi di M. FIORAVANTI, *La vi-*

amministrativo a scapito della centralità parlamentare (67). Una stessa teoria poteva essere affermata o negata, quindi, guardando verso l'interno o verso l'esterno del sistema. Permanendo all'interno del modello, assolutizzando la rappresentazione di una società ordinata, anche le teorie volontariste, considerate pericolose in riferimento ad una società conflittuale, potevano essere accettate. All'interno del sistema il governo parlamentare esprimeva necessariamente ordine e armonie; i meccanismi istituzionali non necessitavano di aggiustamenti: la stabilità era già insita nella costituzione liberale, non andava ricercata lontano dalle aule parlamentari o facendo prevalere il momento dell'esecutivo: coloro che « invocando il sistema che può dirsi prussiano mirano a raggiungere una maggiore stabilità di governo, seguono una illusione vana », richiamano un sistema « che pur essendo conforme ai meccanismi dello Statuto è il più contrario alla costituzione italiana » (68).

---

*ceda intellettuale del 'giovane' Orlando*, cit., pp. 50 e ss. che nel riconoscimento — contro Gneist — della giuridicità del governo parlamentare intravede una piena spolticizzazione e negazione di ogni pluralità di indirizzi.

(67) Su quest'ultimo punto cfr. la critica di Brunialti ad altri 'imitatori dei tedeschi': contro Salandra (riguardo allo scritto *La progressione dei bilanci negli Stati moderni*, Roma, 1879), Brunialti sosteneva: « ... in quell'indefinito sviluppo dell'azione dello Stato, che taluno invoca e reputa la sintesi di tutti i progressi, non posso nascondervi di ravvisare un gravissimo pericolo per l'avvenire del sistema parlamentare. V'ha chi si compiace, per esempio, della progressione dei pubblici bilanci, e la chiama un fatto normale e costante, il quale attesta lo sviluppo della civiltà delle nazioni (...). Non avvertono come col governo si accresce la responsabilità del governo, (...) non vedono che mentre ripetiamo i più ovvi argomenti sui limiti dell'azione dello Stato, andiamo crescendo il solo potere che non conosce limiti, quello della burocrazia ». *Le moderne evoluzioni*, cit., pp. 18 e 19.

Nello scritto *La costituzione italiana*, cit., p. 49, cfr., invece, una critica a Ferraris caduto in « esagerazioni », « conformi allo spirito della scuola tedesca », eliminando le distinzioni tra diritto pubblico e privato. Su Ferraris cfr. C. MOZZARELLI, S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello Stato*, Venezia, 1981; sullo scritto di Salandra cfr. R. GHERARDI, *La neutralizzazione del « politico » nell'Italia liberale. Scienze dello Stato e società (1870-1890)*, in *Ideologie corporative e modelli corporativisti*, Bologna, 1985, p. 1 e ss.

(68) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. II, p. 187.

Il problema fondamentale, secondo Brunialti, era quello di respingere gli aspetti contraddittori del sociale, non certo quello di modificare la costituzione che, anzi, conteneva nelle sue razionalità la soluzione a tutti i problemi. La crisi non esprimeva un malessere istituzionale, ma sociale: non si poteva risolverla 'tor-nando allo Statuto' <sup>(69)</sup> e criticando la prassi del governo di Gabinetto <sup>(70)</sup>. Occorreva invece ricomporre la società, eliminare i conflitti, instaurare quell'armonia sociale che concordi i fatti, la tradizione e la scienza mostravano indispensabile al corretto funzionamento della vita delle istituzioni; occorreva rendere perenne e indiscutibile la società dell'ordine e delle solidarietà, ricondurre nel suo alveo i temporanei conflitti.

Solo dopo aver affermato che questo assetto esprimeva la realtà profonda e il vero sviluppo, il nostro giurista poteva procedere a sistemare il diritto pubblico liberale, essere attento a preordinare garanzie di libertà e a dosare il giusto equilibrio dei poteri dello Stato.

La sua teoria giuspubblicistica era, nell'ambito interno al modello, autenticamente liberale e garantista. L'interpretazione di chi ha rappresentato un Brunialti fautore della dipendenza della magistratura dall'esecutivo <sup>(71)</sup>, e di chi gli attribuisce simpatie

<sup>(69)</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>(70)</sup> *Ibidem*, p. 187 «... la scelta della Corona deve tornare accetta alla maggioranza ed è a questa condizione che si può riconoscere con Zanichelli, con Arcoleo, con Majorana, che la libertà di scelta della Corona è tanto più ampia quanto meno chiara è la designazione parlamentare».

<sup>(71)</sup> Le critiche fanno riferimento ad uno dei primissimi scritti di Brunialti (*La funzione politica del potere giudiziario*, in *Archivio Giuridico*, V, 1870, pp. 403 e ss.) in cui si affermava: «il magistrato non è che un delegato del potere esecutivo, il potere giudiziario è una funzione di governo, a lui spetta bensì il mantenimento dell'ordine e della giustizia ma lo spirito che lo informa è quello del governo» (p. 415). Mario D'Addio, riferendosi a questo brano, presenta Brunialti come un fautore degli obiettivi di politica giudiziaria della Destra, aderente alla «pretesa di ridurre la giustizia a semplice momento dell'esecutivo». Il pensiero di Brunialti, nell'economia dello scritto di D'Addio, è emblematico dell'autoritarismo della Destra (*Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, p. 243). Le affermazioni di Brunialti devono essere lette, com'è desumibile dal contesto, in modo completamente diverso: i riferimenti alla situa-

per un regime cesarista dominato da un'alleanza diretta tra popolo e sovrano, tale da annullare la centralità del mandato e da valorizzare le magistrature non elettive <sup>(72)</sup>, è a nostro giudizio errata. Il giurista vicentino si battè per un potere giudiziario autonomo e indipendente <sup>(73)</sup>, si schierò a favore di un ruolo della Corona lontano dalle prerogative fissate nello Statuto e non invocò mai per essa maggiori poteri costituzionali, ma soltanto una sua presenza di tipo assistenziale e paternalista nei confronti delle 'plebi che soffrono', da sottrarre ai 'facili miraggi' del socialismo <sup>(74)</sup>.

Il limite di Brunialti liberale non va individuato in questi punti ma altrove: nella struttura complessiva del suo modello. La fragilità delle sue teorie costituzionali, la facilità con cui esse potevano piegarsi ad utilizzazioni autoritarie, come poi accadde, o divenire subalterne ad un modello puramente giuridico e statale, stava nella convinzione che non era possibile un diritto pubblico liberale per una società divisa e contraddittoria.

Il nostro giurista avrebbe potuto costruire la sua costituzione liberale, con delle garanzie effettive, con delle libertà tutelate, con un parlamento espressione reale degli interessi sociali, solo se il suo sogno si fosse avverato, se la sua società uniforme e ordinata si fosse concretizzata. La società italiana tra otto e novecento non si prestava a rendere reali tali sogni, anzi li rendeva sempre più improponibili, lontani dalle nuove dinamiche dell'industrializzazione capitalistica. Di fronte a questa realtà le soluzioni eclettiche e le mediazioni del nostro giurista non riuscivano più ad affermare la costituzione liberale: i compromessi

---

zione italiana non implicavano alcuna adesione se considerati congiuntamente a quanto si affermava rispetto al sistema inglese.

Il giudizio di D'Addio è stato ripreso anche da G. D'Amelio (voce *Brunialti*, cit., p. 637) e più recentemente da Silvio Lanaro che fa di Brunialti un « fautore di una stretta dipendenza della magistratura dal potere esecutivo » (*Il Plutarco italiano: l'istruzione del « popolo » dopo l'Unità*, in *Storia d'Italia, Annali*, 4, *Intellettuali e potere*, Torino, Einaudi, 1981, p. 581).

<sup>(72)</sup> Il giudizio è di Silvio Lanaro (*Il Plutarco*, cit., p. 557).

<sup>(73)</sup> Cfr. *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. I, pp. 318 e ss.

<sup>(74)</sup> Cfr. *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. II, pp. 79 e ss.

tra libertà ed autorità cedevano sempre più il posto alla sola presenza di fattori autoritari.

6. Spesso Brunialti usava, come abbiamo visto, ampi riferimenti alle teorie organiciste per mostrare l'unità del 'corpo sociale', per assorbire nel naturale e necessario sviluppo dell'organismo sociale ogni manifestazione della società 'esterna'. L'organicismo era utilizzato verso l'esterno, per negare la sovranità popolare e le rappresentazioni degli squilibri sociali; ma, affermato questo limite, l'organicismo doveva essere abbandonato: all'interno del sistema era inutile e pericoloso, poichè poteva tradursi nella teoria della sovranità dello Stato. L'obiettivo era quello di negare, quindi, sia la sovranità popolare sia quella dello Stato, conciliando gli elementi organicisti — utili contro l'esterno — con quelli — indispensabili all'interno del modello — volontaristi. Per respingere i diversi pericoli si utilizzava lo stesso argomento: il modello giacobino, contrattuale, con la sovranità popolare, era respinto perchè 'non organico'; il modello tedesco, organicista, con la sovranità dello Stato, era respinto perchè 'troppo organico'.

In entrambi questi estremi si annidavano forme di assolutismo: la soluzione 'giusta' andava ricercata in una via mediana, in una forma che conciliasse le libertà del cittadino e le fondamentali necessità dello Stato, il rispetto per la parte nella considerazione del tutto. L'equilibrio tra le diverse componenti era precario; i poli garantisti e liberali erano deboli e affermati in maniera subalterna ai poli opposti che, inevitabilmente, prevalsero: il fondamento contrattuale dello Stato, le libertà e le garanzie del cittadino erano condannate, nel modello teorico del nostro giurista, in limiti angusti. Queste debolezze presenti nel sistema di Brunialti si possono scorgere con chiarezza concentrando ancora l'attenzione sulla sua eclettica teoria del fondamento 'organico-contrattuale' della sovranità.

Consideriamo con ordine il problema. L'organicismo doveva essere necessariamente affermato per respingere la teoria del contratto sociale e tutte le « teorie dissolventi » che presentavano lo Stato « come un prodotto del volere arbitrario degli atomi individuali », era indispensabile per mostrare che lo Stato era molto

di più della « somma delle libertà » individuali (75), che esso non poteva essere posto in balia della mutevole volontà dei singoli.

Negata però la 'dissolvenza' dello Stato, ribadita l'unità della società, bisognava sbarazzarsi anche degli eccessi dell'organicismo e delle applicazioni fattene dai giuristi tedeschi che lo utilizzavano ai fini della teorizzazione della sovranità dello Stato. Distaccarsi da tali eccessi significava — per Brunialti e per il giurista cui egli faceva maggiore riferimento su questo punto, Luigi Palma — non abbandonare le scelte di politica costituzionale liberale, « non sacrificare all'otrepotenza dello Stato e dei governi l'uguaglianza civile, le libertà pubbliche ed individuali » (76), ostacolare la « moderna religione del Dio-Stato » (77) ed i suoi fautori, « i più poderosi nemici della libertà », coloro che si battevano per uno « Stato educatore, lavoratore, assicuratore, banchiere, a dir breve con la mano sul manubrio che mette in moto tutta la macchina sociale », coloro che volevano deporre « la libertà dei cittadini (...) nelle mani dell'amministrazione » (78).

Per respingere gli opposti pericoli si utilizzava una soluzione media, l'organicismo contrattuale, che garantiva i benefici di entrambi i sistemi: pur riconoscendo lo Stato come organismo, non disconosceva le libertà dei cittadini ed i caratteri volontari del-

---

(75) L. PALMA, *Le idee politiche di Spencer e Schäffle sullo Stato come corpo organico*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, I, 1883, p. 243. Cfr. anche BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. II, p. 229 « La teoria del contratto sociale, intesa alla lettera (...) riduce lo Stato ad una polvere umana, sollevata e dispersa in tutti i sensi da ogni buffo di vento del capriccio individuale ».

(76) L. PALMA, *Le idee politiche*, cit., p. 243. Cfr. anche BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. II, pp. 231 e 232, che evidenzia gli stessi pericoli cui fa riferimento Palma e lega i sostenitori della teoria dello Stato come « organismo dotato di proprio fine », con i fautori della « teoria della sovranità dello Stato »; cfr. ancora pp. 267 e 268.

(77) Cfr. BRUNIALTI, *La libertà nello Stato moderno*, in BSP, serie I, vol. 5, p. CXL1: « la sovranità, essi dicono, risiede nello Stato, che si estrinseca ed agisce col mezzo del Governo, indipendente dalle Assemblee. Le Assemblee sono piuttosto consultive devono agire subordinatamente all'interesse e ai bisogni dello Stato, e non hanno sul Governo che una influenza morale (...). Non si domanda più libertà, ma un Governo, pronto, forte, sicuro, uno Stato lavoratore, protettore, socialista ».

(78) *Ibidem*, p. CXLII.

l'unione politica <sup>(79)</sup>. Il nostro giurista non si preoccupava di fondare positivamente la sua teoria, dopo aver respinto le altre, ma si limitava a trovarle immediatamente un riscontro istituzionale nello Stato italiano, facendo coincidere la teoria con l'apologia dello Stato liberale. L'affermazione in positivo dell'organicismo contrattuale era data dall'esistenza stessa dello Stato liberale, « organico, volontario, nazionale, come pochi altri al mondo » <sup>(80)</sup>. Un assetto organico che era stato consolidato anche 'contrattualmente' tramite i plebisciti che avevano mutato giuridicamente lo Statuto fondandolo su « un patto nazionale ». In tal modo la « volontà della nazione » si era perfettamente congiunta con il suo sviluppo organico, anche in tale volontà quindi andava ricercato il fondamento della sovranità <sup>(81)</sup>.

Naturalmente la soluzione prescelta impediva che l'elemento volontario potesse essere invocato indipendentemente, e fuori dai limiti posti, dal suo termine contrapposto. Nello Stato avente il fondamento di « organismo volontario » si doveva necessariamente affermare la sovranità nazionale che evocava ancora i due termini: la sovranità spettava alla « universalità dei cittadini » che si era inserita volontariamente nei limiti dell'organismo costituzionale, apparteneva non ad una « moltitudine inorganica ed anarchica », ma soltanto a quei pochi in grado di esprimere un consenso non in contrasto con l'assetto costituzionale: « non la *plebs*, non la

<sup>(79)</sup> Riguardo alla teoria dell'organicismo contrattuale, Brunialti richiamava A. Fouillée. Cfr. soprattutto BRUNIALTI, *Lo Stato moderno*, in BSP, serie I, vol. 7, p. cii.

<sup>(80)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. I, p. 236.

<sup>(81)</sup> A. BRUNIALTI, *La costituzione italiana e i plebisciti*, in *Nuova Antologia*, XXXVII, 1883, p. 339.

Con questo intervento Brunialti fu uno dei primi a prendere posizioni contro la tesi della « continuità » dello Stato italiano con il Regno di Sardegna, schierandosi per il carattere originario del nuovo Stato. Il tema fu successivamente dibattuto da Dionisio Anzilotti, Santi Romano e Vittorio Emanuele Orlando. Anzilotti sostenne, riguardo alle posizioni di Brunialti, che questi « scambiava il fatto politico con quello giuridico »; Romano definì le tesi di Brunialti « per così dire giuridiche » (entrambi gli interventi furono pubblicati nella *Rivista di diritto internazionale*, VI, 1912; cfr. pp. 26 e 345). Sul punto cfr. G. D'AMELIO, voce *Brunialti*, cit., p. 637; A. CARACCILO, *Il Parlamento nella formazione del Regno d'Italia*, Milano, 1960, pp. 51 e ss.

moltitudine sciolta ed inorganica è sovrana, ma il *populus*, la nazione ordinata ed organata a Stato » (82).

La nazione emergeva con delle caratteristiche molto simili al popolo su cui fondava la sua analisi Orlando, aveva in più rispetto a questo dei tratti accomunanti di tipo soggettivo, richiamava cioè la volontà espressa in senso puntuale, attraverso i plebisciti, e in maniera tacita, attraverso la volontà politica di vivere insieme (83). L'affermazione però dell'elemento volontario, nell'ambito dello schema dell'organicismo contrattuale e del concetto di nazione, era contraddittoria e debole, non era sufficiente a fornire alla teoria della sovranità nazionale una sua autonomia di fronte alla più solida teoria della sovranità dello Stato, e finiva per appiattirla su essa.

L'elemento volontario era, in questa rappresentazione, un'entità fittizia, non presupponeva la reale volontà della società civile, ma si inseriva in schemi precostituiti aventi come unico riferimento oggettivo lo Stato che ricomprendeva in maniera armonica tutta la volontà della nazione. In questo contesto le critiche di Brunialti alle astrusità e al formalismo della nozione di sovranità dello Stato, sostenuta da Orlando (84), erano incapaci di impedire la preminenza assoluta dello Stato: uno Stato che poteva « determinare liberamente la sua competenza ed ampliarla anche a detrimento delle collettività e degli individui subordinati » (85). In

(82) Le affermazioni sono di Palma, cit. in BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. I, pp. 277.

(83) Riguardo alle caratteristiche soggettive ed oggettive del concetto di nazione cfr. V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, 1977, pp. 802 e ss.

(84) « Altro è riconoscere affermava, criticando le posizioni di Orlando, la sua [dello Stato] organica essenza, altro è concepirlo come una astrazione e parlare dello Stato come di un fatto a sè, del diritto come un prodotto ideale ». Se si assimila — continuava Brunialti — « artificialmente » il concetto di sovranità a quello di Stato, si da luogo ad un « concetto formale » di Stato per cui ogni suo atto è « l'espressione giuridica della sua volontà, ogni qualvolta segua da organi competenti ». Orlando, affermava ancora Brunialti, collegando la sovranità allo Stato come la capacità giuridica alla persona, confonde « l'esistenza dello Stato » con la « sua affermazione come persona giuridica », facendo così scaturire la sovranità dalla sola « idea di Stato ». *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. I, pp. 268 e 269.

(85) *Ibidem*, p. 292.

sostanza, dopo aver 'tradotto' la volontà nazionale nella sola volontà dello Stato, si poteva accettare qualsiasi contenuto per la sovranità <sup>(86)</sup> e si poteva giungere ad affermare qualsiasi restrizione della libertà <sup>(87)</sup>.

Nel modello del giurista vicentino l'elemento consensuale doveva esprimersi solo secondo linee certe, in una costituzione bloccata e sotto tutela, entro gli invalicabili limiti della società 'interna'. Solo guardando a questi aspetti si poteva polemizzare contro i sostenitori della sovranità dello Stato e ritenere il loro sistema contrario alle scelte insite nella costituzione liberale.

L'accentuarsi delle divisioni della società civile e il diffondersi delle nuove organizzazioni, partitiche e sindacali, fecero del tutto scomparire i poli garantisti del modello che, d'altronde, erano sempre stati affermati in maniera subalterna agli estremi opposti.

7. Brunialti attribuì sempre un'importanza preminente al diritto costituzionale più che a quello amministrativo. Egli sotto-

<sup>(86)</sup> *Ibidem*, p. 291: Brunialti affermava di poter condividere « il contenuto che Jellinek ravvisa nella sovranità quando la chiama 'la qualità d'uno Stato per la quale può essere giuridicamente obbligato soltanto dalla propria volontà, la competenza delle competenze, la totalità dei poteri pubblici' ».

<sup>(87)</sup> « La legge — affermava — è l'espressione della volontà generale, e perciò non è possibile che essa imponga alla libertà limiti e sacrifici più grandi di quelli che il maggior numero, la volontà generale, la coscienza politica riconoscano necessari e utili al progresso e alla difesa di tutti i cittadini e dello Stato ». Brunialti riconosceva che questi criteri avevano « molto di indeterminato », ma aggiungeva che a limitare l'onnipotenza dello Stato sarebbe stato sufficiente « porre a fondamento dei limiti della libertà individuale » due principi: lo « Stato è mezzo e non è fine »; si può giustificare l'azione dello Stato solo quando ha lo scopo di assicurare « un più ragionevole sviluppo alla personalità umana ». Ma anche questi riferimenti ai capisaldi della concezione liberale restavano 'molto indeterminati', poichè non riuscivano a concretizzarsi in alcuna soluzione di politica costituzionale diversa dal richiamo all'autorità dello Stato e della legge. Le citazioni sono tratte da *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., p. 653.

Sul punto cfr. ancora BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, cit., vol. II, pp. 3 e ss. in particolare riguardo alla possibilità di permettere alla polizia di agire di « propria iniziativa », altrimenti « la società sarebbe disarmata contro i nemici che continuamente la insidiano e l'esistenza stessa dello Stato sarebbe messa in pericolo ».

lineò spesso l'esigenza di maggiori studi di scienza dell'amministrazione e di diritto amministrativo e se ne fece promotore <sup>(88)</sup>, ma fu sempre convinto che il centro di tutto il sistema era nella costituzione: l'analisi dell'amministrazione doveva svilupparsi, a suo giudizio, in relazione al fondamentale nucleo politico-costituzionale <sup>(89)</sup>.

Queste convinzioni del nostro giurista rimasero tali anche negli anni in cui il diffondersi in Italia del modello tedesco spinse molti giuspubblicisti a privilegiare le stabilità del momento burocratico-amministrativo e a considerare, seguendo Gneist, gli stessi meccanismi del modello inglese dal punto di vista dell'amministrazione <sup>(90)</sup>. Di fronte a questa analisi Brunialti continuò a concentrarsi essenzialmente sulla costituzione, respinse le proposte di Gneist a favore dei funzionari onorari, continuò a far riferimento al modello inglese non per ricercarvi la preminenza dell'amministrazione, ma ancora per riscontrare quell'immagine unitaria della società che gli era indispensabile al fine della costruzione del diritto costituzionale.

Gneist, che pur aveva svelato dei fondamentali meccanismi della costituzione inglese <sup>(91)</sup>, non aveva compreso, secondo il

---

<sup>(88)</sup> Presentando l'opera di Stein nella *Biblioteca di Scienze Politiche*, Brunialti sottolineava lo stato di « trascuranza del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione, di fronte ai molti e notevoli lavori di diritto costituzionale » e, citando Schmoller, cercava di evidenziare l'assurdità di tale 'trascuranza': « ogni costituzione è un foglio di carta bianca, se ad essa non corrisponde l'amministrazione. L'amministrazione è il corpo dello Stato, in essa consiste la sua forza, il suo centro di gravità, essa regola i quotidiani rapporti coi cittadini tutti » BRUNIALTI, *La scienza della pubblica amministrazione*, in BSP, serie II, vol. I, p. XIII.

<sup>(89)</sup> Di fronte alle osservazioni orlandiane sulla centralità del momento amministrativo, Brunialti rivendicò una primaria importanza al momento politico-costituzionale: « io non credo, sostenne, che il centro di gravità di tutte le questioni politiche tenda a passare dal diritto costituzionale al diritto amministrativo ». Cfr. V. E. ORLANDO, *Prefazione*, al *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1900, pp. XI e ss.; la citazione è tratta da BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, cit., vol. I, p. 37.

<sup>(90)</sup> Su questi aspetti cfr., B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, pp. 83 e ss.

<sup>(91)</sup> Cfr. BRUNIALTI, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, in

giurista vicentino, che il modello inglese non poteva essere bloccato nella sua evoluzione e che occorreva, anzi, prestargli attenzione proprio per la sua capacità evolutiva, in grado di assorbire ogni elemento discordante in uno sviluppo senza contrasti. L'autore tedesco si era sperso nella « beatifica contemplazione delle autonomie e del decentramento » <sup>(92)</sup> — non si era accorto che l'amministrazione inglese aveva abbandonato i miti del *selfgovernment* e si era accostata a quella continentale <sup>(93)</sup> — e pretendeva di attribuire l'amministrazione locale al « monopolio degli abbienti », un monopolio sempre più pericoloso poichè contestato dalle altre classi <sup>(94)</sup>.

---

BSP, serie II, vol. I, Torino, 1896, p. VIII (prefazione a R. GNEIST, *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, e a M. VAUTHIER, *Il governo locale dell'Inghilterra*). Cfr. anche BRUNIALTI, *La scienza della pubblica amministrazione*, in BSP, II serie, vol. I, Torino, 1897, p. XIII.

<sup>(92)</sup> BRUNIALTI, *La scienza della pubblica amministrazione*, cit., p. VII.

<sup>(93)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, 1912, vol. I, p. 405. Sul punto cfr. ID., *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, cit.; altri rilievi critici nei confronti di Gneist in ID., *I diritti dei cittadini e la giustizia amministrativa in Italia*, in BSP, II serie, vol. 8, Torino, 1902, p. XIV.

<sup>(94)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica*, cit., vol. II, pp. 392-393. « Quello che avviene nello Stato dove la corruzione elettorale accresce indebitamente il potere e l'influenza delle classi nel Parlamento, non può indurre davvero a crescere le autonomie locali a favore, che vuol dire poi anche nell'interesse di queste. Basti notare come un indirizzo assolutamente contrario valga nel diritto pubblico inglese (...). L'esempio della Prussia, che nelle sue ultime riforme amministrative accolse in parte le idee di R. Gneist, non pare efficace ai suoi stessi ammiratori ... », p. 393.

La posizione di Brunialti riguardo al tema del decentramento non fu univoca. La rituale richiesta di un maggiore decentramento si accompagnava alla convinzione che occorreva attribuire maggior forza, autorità e prestigio al potere centrale. Brunialti si schierò spesso a favore di una maggiore distribuzione dei poteri dello Stato (cfr., ad esempio, CRITO [A. BRUNIALTI], *I sindaci d'Italia e la nuova legge comunale e provinciale*, in *Rassegna Nazionale*, LI, 1890, pp. 155 e ss.; BRUNIALTI, *Le attribuzioni del potere centrale e le autonomie locali*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, IX, 1891, pp. 185 e ss.), ma tale richiesta si muoveva esclusivamente in direzione conservatrice: « il discentramento » — affermava — non deve accrescere la conflittualità sociale, non deve creare « un nuovo feudalesimo » (*Le attribuzioni*, cit., p. 191), non deve far cadere i Comuni « nelle mani della parte meno buona, più frammentaria ed audace dei meno abbienti » (CRITO [A. BRUNIALTI], *Una legge giacobina. La nuova legge comunale*

Occorreva, invece, guardare l'Inghilterra non per scorgervi una lontana preminenza dell'amministrazione periferica, ma per rintracciare elementi che potessero rendere ancora possibile l'immutabilità della costituzione e la continuità dei rapporti di potere di fronte all'emergere di nuove realtà sociali. Per Brunialti l'Inghilterra conservava le sue certezze e le sue garanzie costituzionali poichè 'difendeva' la costituzione utilizzando l'amministrazione, creando « un nuovo diritto amministrativo » che tutelava i più deboli <sup>(95)</sup>, ampliando la legislazione per combattere i fermenti sociali e per respingere il socialismo, « questa nuova religione che coscrive a poco a poco tutti i lavoratori » <sup>(96)</sup>. L'amministrazione e il nuovo diritto amministrativo rappresentavano soltanto uno strumento utile per conservare l'indiscutibilità della costituzione e per ordinare una società che appariva sempre più composita.

Muovendo dalla convinzione della centralità della costituzione, il nostro giurista riesce, nel suo manuale di diritto amministrativo, a disegnare a tratti una amministrazione completamente subordinata alla legge, controllata, responsabile e priva di ampi poteri discrezionali. Vuole una regolamentazione dettagliata in tutti i settori, afferma che la legge deve ridurre « le lacune » per « restringere il campo nel quale si esercita l'arbitrio dell'amministrazione » <sup>(97)</sup>, ritiene preminente la tutela della libertà: « astrat-

---

*e provinciale*, in *Rassegna Nazionale*, XLII, 1888, p. 530). Da queste convinzioni scaturiva anche il favore per « uno speciale diritto elettorale amministrativo interamente distinto dal politico ». Cfr. CRITO [A. BRUNIALTI], *La riforma comunale e i correttivi della libertà*, in *Rassegna Nazionale*, XLIII, 1888, pp. 187 e ss.; REGULUS [A. BRUNIALTI], *Elezioni generali e riforme elettorali*, in *Rassegna Nazionale*, XCIV, 1897, pp. 9 e ss.; e, soprattutto, BRUNIALTI, *Le elezioni amministrative comunali e provinciali*, in *Digesto italiano*, X, 1898, pp. 186 e ss.: « Se tutti gli elettori dello Stato potessero prendere parte all'amministrazione del Comune (...) noi distruggeremmo la vita comunale, determinando una confusione grande; si riuscirebbe nel comune alle più opposte e pericolose conseguenze, subordinando gli abbienti ai non abbienti, rendendo necessaria una tutela incresciosa, continua, struggitrice d'ogni locale libertà ».

<sup>(95)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto pubblico inglese e le sue trasformazioni*, cit., p. 22.

<sup>(96)</sup> *Ibidem*, pp. 24 e ss. e BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, cit., vol. I, pp. 32-33.

<sup>(97)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, cit., vol. I, p. 223. Brunialti si schiera a favore della codificazione del diritto amministrativo (pp. 92 e ss.); nota come in mancanza di un codice fosse estremamente difficile un

tamente piuttosto che concepire come illimitata l'azione dello Stato, diamo tale attributo a quella dell'individuo»<sup>(98)</sup>.

Le contraddizioni presenti all'interno della teoria costituzionalistica non potevano, però, che riflettersi in quella di diritto amministrativo. Anche in questo settore si dovevano affermare le garanzie di libertà solo in riferimento ad un'immagine del sociale capace di renderle prive di pericolosità. La più ampia considerazione, presente in alcune pagine di diritto amministrativo, dei nuovi mutamenti sociali era indirizzata solo a predisporre degli strumenti volti a controllare e comprimere la nuova società. Brunialti doveva, quindi, privilegiare il momento del 'controllo', il punto più stabile e certo del sistema amministrativo, il 'centro', attribuendo inevitabilmente una superiorità all'amministrazione rispetto ai diritti dei cittadini.

Il richiamo effettuato, ad esempio, alla teoria del 'doppio movimento' di Manna<sup>(99)</sup>, postulava in posizione di supremazia

---

«ordinamento sistematico della materia» che rimane «spezzata, frammentaria e si presta assai più ad un trattamento monografico, come quello di V. E. Orlando, che ad un vero e proprio sistema giuridico» (pp. 178 e 179). Il giurista vicentino critica, però, il sistema di Santi Romano «costruttivo di teorie giuridiche» (Romano riteneva necessario raggruppare gli istituti retti da principi comuni senza considerare i loro diversi scopi di interesse pubblico e come praticamente fossero attuati): «cotesto metodo costruttivo non è il meglio adatto allo studio della materia, la quale richiede che l'esame di ciascun istituto amministrativo sia completo non spezzato secondo un concetto scientificamente preferibile, ma sempre corrispondente ai bisogni della pratica» (pp. 173 e 175). Cfr. su questi temi C. MOZZARELLI, S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nell'Italia liberale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, pp. 1087 e ss.; M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, in particolare pp. 246 e ss. sulla sistematica di Romano.

<sup>(98)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, cit., vol. I, p. 205.

<sup>(99)</sup> Il doppio movimento era dato da un moto di 'concentrazione' di forze, dalla periferia al centro, e da uno di 'diffusione', dal centro alla periferia. Per una interpretazione di questa teoria in Manna, cfr. G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, 1981, pp. 33 e ss.; C. MOZZARELLI e S. NESPOR, *Giuristi*, cit., pp. 66 e ss. In quest'ultimo testo si confronti l'utilizzazione della formula del doppio movimento da parte di Luigi Miraglia.

Brunialti nel riportare la teoria qui considerata si rifaceva invece a Persico: «l'unità dello Stato importa l'unità dell'amministrazione, ma questa si consegue

l'amministrazione centrale, la sua attività di controllo su tutta la periferia sociale, l'esigenza di garantire « l'unità dello Stato » e « l'unità dell'amministrazione ». Brunialti, utilizzando la formula del 'doppio movimento', non intendeva operare alcuna apertura alla società civile, ma voleva riunificare in un complessivo movimento diretto dallo Stato ogni punto della periferia con l'unico centro vitale: « dalle amministrazioni centrali muove l'energia direttiva che dà moto e vita all'intero organismo » (100). Si ribadiva così la supremazia dello Stato e, nello stesso tempo, si conservava un vago riferimento alla periferia del sistema.

L'esigenza di attribuire maggiore autorità al centro — resa sempre più acuta dai crescenti conflitti sociali — continuava ad avere come unico bilanciamento l'individuo isolato, forte delle sue tutele, 'educato' al sistema: i 'vecchi' ideali dell'individualismo liberale, sempre più scoloriti dal bagno organicista, restavano l'unico elemento con cui si intendeva contrastare l'onnipotenza del centro; la libera attività imprenditoriale dei privati era sempre pronta a sostituire le temporanee funzioni « annesse » dello Stato. Ancora nel secondo decennio del novecento Brunialti rappresenta un sistema in cui da una parte c'è l'individuo, inse-

---

con una duplice irradiazione, che dalle autorità centrali procede verso le altre subordinate sino ai minori centri, e da queste, con le norme dell'ordinamento gerarchico, fa capo alle autorità centrali. In ciascuna unità politica Federico Persico ravvisava un centro di movimento, ed una sfera più o meno ampia in cui essa si esplica, per ritornare a questo centro » (BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, vol. I, p. 406).

Nelle pagine della *Biblioteca di Scienze Politiche* la formula del doppio movimento era utilizzata anche da Santangelo Spoto; la forza preordinata a dirigere il moto di « convergenza, assimilazione e divergenza » era, anche per questo autore, lo Stato, in quanto « regolatore supremo della vita intima ed organo dell'azione collettiva del popolo » (I. SANTANGELO SPOTO, *La giustizia nell'amministrazione. La burocrazia e il governo parlamentare*, in BSP, serie II, vol. 8, 1902, pp. 20 e ss.).

(100) BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, vol. I, cit., p. 406. Non condividiamo quanto afferma Piodi (*Attilio Brunialti*, cit., p. 691) che coglie nel 'moto diffusivo' del doppio movimento la volontà di « conoscere la realtà effettuale del paese » e la tendenza a « inserire l'amministrazione nell'ambiente in cui opera, ponendo in luce le relazioni di interscambio tra amministrazione e ambiente ».

rito in una società concorde, dall'altra lo Stato, da una parte le bene ordinate tutele del diritto privato, dall'altra una perfetta costituzione pubblicistica, e su tutto questo il giurista eretto a custodire la complessiva armonia.

Certo non era facile, nell'età giolittiana, ricondurre le nuove forme istituzionali e sociali alla semplicità di queste relazioni, ritenere che tutto ciò che era esterno al sistema fosse di per sé 'antigiuridico', oppure individuare ancora la netta distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. I mutamenti in atto si possono scorgere anche negli scritti di Brunialti; egli critica, ad esempio, con Otto Mayer, Jellinek per aver trascurato « una intera categoria di diritti pubblici, i quali non si possono dire connessi allo *status* dei cittadini », i diritti pubblici patrimoniali <sup>(101)</sup>, e nota come l'introduzione di questi diritti « perturba quella classica distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato che parve per tanto tempo assiomatica », introducendo nuovi istituti disciplinati da un diritto che non può essere definito *a priori* <sup>(102)</sup>.

Ma il nostro giurista non aveva molta consapevolezza di queste trasformazioni: riteneva che ancora si potessero assorbire tutti i mutamenti nei limiti del suo modello liberale capace di evitare, respingendo la società dei gruppi, delle classi e delle organizzazioni sindacali, « l'illimitata estensione dei poteri dello Stato ed il socialismo » <sup>(103)</sup>; riteneva che le « instabilità » dello « Stato incerto e confuso della moderna vita sociale » fossero soltanto

---

<sup>(101)</sup> *Ibidem*, p. 217. Su questo tema cfr. M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 600 e ss.

<sup>(102)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, vol. I, p. 218. Brunialti cita in proposito Santi Romano: tale distinzione pubblico-privato non è più possibile perchè « lo Stato moderno ha accresciuto in maniera tale la sua attività, che i rapporti tra esso e i sudditi si sono moltiplicati e si moltiplicano con una varietà che ha del prodigioso. La continua e sempre crescente sostituzione dello Stato alla società ha fatto sì che esso non appare oramai soltanto come sovrano, ma anche come una associazione formidabile, che della società si serve per fini economici e sociali ». Negli studi di Santi Romano questi temi assumono ben altro rilievo: cfr. M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo in Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 311 e ss.

<sup>(103)</sup> BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano*, cit., vol. I, p. 220.

espressioni di una « lotta » tra « il principio individualistico » e lo Stato <sup>(104)</sup>.

I mutamenti in corso erano tali da travolgere queste posizioni: cresceva lo Stato amministrativo, si scolorivano le linee di confine tra diritto privato e diritto pubblico, l'amministrazione si sviluppava secondo linee sempre più lontane da quelle dello Stato di diritto.

8. Le venature liberali e garantiste presenti nel modello di Brunialti scomparvero quando, dopo la grande guerra, anche al nostro giurista fu evidente che i conflitti nascenti dall'industrializzazione non potevano essere trasformati e contenuti. L'ineliminabile presenza di una società divisa e composita rendeva impossibile l'applicazione di un diritto pubblico liberale che era stato pensato a misura di una società uniforme e priva di contrasti.

In uno scritto del 1920, Brunialti riproponeva ancora alcune delle soluzioni avanzate nei suoi scritti precedenti: il controllo del mutamento da parte dei 'tecnici', l'esigenza di attribuire alla classe dirigente il ruolo di educare e correggere ogni manifestazione delle altre classi. Queste affermazioni, però, erano ora inserite in un'ottica di tipo marcatamente autoritario. L'obiettivo di conservare immutata l'armonica società paleoliberal e di preservare lo Stato monoclasse doveva, nella nuova situazione, essere perseguito non più mediando libertà e autorità, bensì soltanto esaltando lo Stato-forza e rafforzando gli strumenti di ordine pubblico.

Le associazioni sindacali erano rappresentate come « gli elementi più dissolventi della vita nazionale », si affermava essenziale negare ogni ideologia portatrice di divisioni sociali <sup>(105)</sup>, si accusava la politica giolittiana — che aveva operato un'ambigua apertura nei confronti delle nuove forze sociali — di « eccessiva tolleranza »: l'azione del governo non aveva realizzato una incisiva politica di « autorità all'interno e all'estero », non era stata

<sup>(104)</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>(105)</sup> BRUNIALTI, *Lo Stato democratico dopo la guerra*, Torino, 1921, pp. 57 e ss.

in grado di contrastare « l'avversione tra le classi » <sup>(106)</sup>, era stata permissiva, incapace di 'difendere la società' <sup>(107)</sup>, aveva usato in maniera « troppo liberale » il codice Zanardelli <sup>(108)</sup>.

Per respingere l'anarchia, presente nella società e nel governo, le vecchie prospettive di riformismo conservatore erano deboli e insufficienti <sup>(109)</sup>; si doveva, ora, imporre la conciliazione e la tutela della 'libertà' attraverso l'autorità e il ruolo preminente del tanto temuto 'Dio-Stato'.

Questo conclusivo risvolto autoritario era una logica conseguenza del modello giuridico-politico di Brunialti, la sola espressione che le soluzioni eclettiche potessero assumere di fronte al complicarsi della società. Nella nuova situazione la guida offerta dal giurista al politico, per dominare i mutamenti era improponibile, poichè era scomparso il luogo delle razionalità e delle certezze verso cui indirizzare tutti i nuovi fenomeni. Il progetto di razionalizzazione e di gestione del sociale e del politico era fallito. Brunialti non poteva che adagiarsi, nel campo giuridico, nelle tranquillità degli autori del metodo puro, e, nel campo politico, invocare uno Stato forte in grado di vincere 'l'anarchia'.

Il sogno di una società concorde, armonica, senza conflitti tra le classi e di una costituzione liberale perenne non poteva, nella nuova realtà, che svanire, essere perdente. Sarebbe errato, comunque, ritenere improduttivi e perdenti tutti gli elementi presenti nel modello del nostro giurista: nella tensione ossessiva a

---

<sup>(106)</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>(107)</sup> « ... il governo ha il diritto ed il dovere di difendere energicamente la società »; lo stesso diritto di riunione e di associazione in passato più volte difeso poteva ora essere messo in discussione; *Ibidem*, p. 67.

<sup>(108)</sup> Non solo si criticava l'uso che ne era stato fatto, ma anche lo stesso codice poichè « aveva tolto di mezzo armi con le quali la società poteva difendere la propria esistenza e il proprio ordinamento, dando così via libera all'anarchia »; *Ibidem*, p. 108.

<sup>(109)</sup> Brunialti affermava che la legislazione sociale era stata eccessiva, e che doveva essere corretta e temperata in nome delle esigenze della produzione e degli interessi dei proprietari agrari: « ... gioverebbe esaminare se i benefici già assicurati abbiano determinato nuove e maggiori esigenze, e vedere a qual punto anche queste debbano pure contenersi affinché non ne abbia danno irreparabile la produzione »; « ... la limitazione eccessiva delle ore di lavoro costituisce in Italia un vero non senso »; *Ibidem*, p. 81 e p. 79.

rendere unitarie tutte le forze sociali, nella considerazione di un ordine ' vero ' e superiore agli apparenti conflitti, nella negazione delle scelte degli indirizzi politici, nel ritenere possibili le libertà solo in una asfittica società senza contrasti, si possono individuare immagini, soluzioni e temi poi ampiamente utilizzati dal ' nuovo ordine ' del fascismo.



MAURIZIO FIORAVANTI

COSTITUZIONE, STATO E POLITICHE COSTITUZIONALI  
NELL'OPERA DI GIORGIO ARCOLEO (\*)

I. *Premessa. I limiti e le ragioni della nostra indagine. La fortuna di Arcoleo.*

Non si può certo dire che sul nome di Giorgio Arcoleo si sia fino ad oggi appuntato l'interesse degli studiosi, degli storici, dei giuristi, degli stessi specialisti che operano sul piano della storia della scienza giuridica. Non parlo qui evidentemente di quei biografi di Arcoleo, che hanno scritto di lui e della sua opera, già prima della morte, con intenti dichiaratamente celebrativi ed apologetici; e che anzi, nel corso del ventennio fascista, hanno anche colpevolmente provveduto a deformare diversi aspetti dell'opera del giurista siciliano <sup>(1)</sup>. Ed alludo invece a quei complessi

---

(\*) Questo saggio riflette, con i necessari adattamenti, la relazione tenuta al Convegno dedicato a *Giorgio Arcoleo settant'anni dopo: Stato, politica, diritto* (Catania e Caltagirone, 1-2-3 ottobre 1984). Si è ritenuto opportuno conservare, anche in questa forma definitiva, il carattere di immediatezza proprio della relazione orale. Per questo medesimo motivo, saranno limitati al minimo indispensabile anche i riferimenti bibliografici. Il lettore deve comunque presupporre un certo dibattito storiografico, di recente svoltosi sui giuristi, e sul ruolo della cultura giuridica, nell'Italia liberale. Per alcune valutazioni complessive in questa direzione, cfr. M. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in *Ius Commune*, X (1983), pp. 201 e ss.

<sup>(1)</sup> Mi riferisco a: A. CASULLI, *Giorgio Arcoleo*, Roma, 1913; PAULUCCI DI CALBOLI, *Giorgio Arcoleo*, Roma, 1938; A. CASULLI, *Un Maestro: Giorgio Arcoleo*, Pescara, 1957; mentre, sempre in questo ambito, il testo più organico e ricco d'informazioni è di G. PAULUCCI DI CALBOLI - A. CASULLI, *Il pensiero di Giorgio Arcoleo*, Milano, 1927: sono qui per altro contenute quelle deformazioni del pen-

itinerari, che sono stati disegnati, e percorsi, dalla ricerca storiografica negli ultimi decenni, attorno alla cultura politica e giuridica dell'Italia liberale.

Vi sono a questo proposito su Giorgio Arcoleo silenzi totali, perfino in opere dedicate da vicino ai contributi degli stessi giuristi di diritto pubblico <sup>(2)</sup>; ed, in altri casi, accenni di sfuggita, con i quali il nostro giurista viene spesso ricordato soprattutto per la sua critica alle forme di governo instauratesi in Italia, affiancando frettolosamente il suo nome a quello di altri celebri critici delle istituzioni, come Bonghi, Sonnino, o Turiello <sup>(3)</sup>. Ancora, in altre opere di carattere generale, relative alla storia costituzionale dell'Italia unita, Arcoleo viene per lo più ricordato per certe sue celebri prese di posizione alla Camera, a proposito della sua ferma opposizione ai noti decreti di fine secolo, o in relazione ai tentativi di riforma del Senato, negli anni 1910-1911 <sup>(4)</sup>.

---

siero di Arcoleo, alle quali alludiamo nel testo, che del giurista siciliano vorrebbero fare un vero e proprio precursore del fascismo (spec. pp. 102 e ss.). Sul piano meramente informativo, è da ricordare anche la voce *Arcoleo, Giorgio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 3, Roma, 1961, che comunque presenta notevoli lacune, ed anche qualche inesattezza. Infine, tra le commemorazioni di Arcoleo, strumenti sempre utili per ricostruire la biografia di un certo autore, si possono citare: R. DE RUGGIERO, *Giorgio Arcoleo*, in *Atti della Accademia Pontaniana*, XLVI (1916), e E. PRESUTTI, *Giorgio Arcoleo*, in *Annuario della R. Università degli Studi di Napoli*, a.a. 1914-1915, Napoli, 1915, pp. 313 e ss. In particolare questo secondo testo, di Presutti, è certamente di un certo rilievo per la comprensione dell'opera giuridica di Arcoleo.

<sup>(2)</sup> Vale per tutti l'esempio di F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, che ignora completamente Arcoleo. La figura di Arcoleo è invece ricordata da M. GALIZIA, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 969-970.

<sup>(3)</sup> Qualche esempio a questo proposito: R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, pp. 67 e ss.; e S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia. 1870-1925*, Venezia, 1979, p. 239 nota 41.

<sup>(4)</sup> Ci riferiamo principalmente a C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Bari, 1977, dove Arcoleo viene ricordato appunto per le sue proposte di riforma del Senato (p. 289), ma anche, per inciso, come oppositore di quel 'metodo giuridico' negli studi di diritto pubblico, al quale più avanti faremo ampio riferimento (p. 318). Da menzionare anche il lavoro di J. A. THAYER, *Italy and the Great War, Politics and Culture, 1870-1915* (1964), traduzione italiana,

Ma ciò che puntualmente rimane fuori è la riflessione di Arcoleo — come vedremo, di notevole peso ed originalità — sulle istituzioni dell'Italia liberale, a partire dai saggi degli anni Ottanta, dei quali qui più diffusamente ci occuperemo <sup>(5)</sup>.

Passando dal mondo degli storici a quello dei giuristi, non dobbiamo mutare di molto il segno delle nostre osservazioni. Rovistando per i cataloghi delle biblioteche giuridiche italiane, anche di quelle note per possedere i più cospicui fondi ottocenteschi, accade non di rado di trovare vasti vuoti concernenti momenti decisivi dell'opera giuridica di Arcoleo. Voglio qui per lo meno ricordare che sono introvabili i primi due scritti costituzionalistici del giurista siciliano, preparati per il concorso a Cattedra nel periodo 1875-1877 e pubblicati a Napoli, intitolati *Sul Senato moderno* e *Gli equivoci nelle forme rappresentative*; che sono assai poco diffusi gli *Appunti* napoletani di diritto costituzionale degli anni Ottanta, nelle loro varie edizioni, e lo stesso scritto sul bilancio, che pure, da inequivocabili testimonianze, risulta essere stato al centro del dibattito del tempo <sup>(6)</sup>; che esiste

---

*L'Italia e la Grande Guerra. Politica e cultura dal 1870 al 1915*, Firenze, 1973, dove Arcoleo è ricordato per la sua ferma opposizione alle manovre reazionarie di fine secolo, e per il distacco dal modello costituzionale tedesco che in lui conseguentemente maturò (p. 146 e p. 183). Di questo problema specifico dovremo più avanti discutere in modo ben più analitico.

<sup>(5)</sup> È necessario precisare che ci occuperemo qui esclusivamente di Arcoleo giurista, lasciando da parte il tentativo di fornire una ricostruzione complessiva della sua figura di politico-giurista. Anche se ci rendiamo conto che assai spesso impegno politico ed elaborazione teorico-giuridica muovono in Arcoleo da identiche motivazioni culturali. Non mancheremo dunque di utilizzare quei discorsi parlamentari che appariranno più significativi per la comprensione della stessa opera giuridica. A rigore, non dovrebbe poi essere esclusa neppure un'attenzione particolare ad Arcoleo letterato e critico letterario, nella fase giovanile di studi a Napoli presso De Sanctis, non tanto per tentare arditi ed improbabili paralleli tra 'realismo' letterario e 'realismo' giuridico, o tra 'politicalità' dell'impegno letterario e 'politicalità' dell'impegno teorico-giuridico, quanto per esplorare compiutamente, ed in tutta la sua estensione, quella cultura napoletana, spesso insofferente alle delimitazioni disciplinari, nella quale il nostro Arcoleo si formò. Inutile qui anche solo avviare una riflessione sulla tradizione giuridica e politico-filosofica napoletana.

<sup>(6)</sup> G. ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, 1880; ID., *Appunti di diritto costituzionale*, Napoli, 1888 (si tratta della 'sesta

molta approssimazione e confusione sulla genesi e sulla stessa datazione delle varie edizioni dell'opera principale, il *Diritto costituzionale*, noto più che altro per la ristampa della terza edizione, del 1907, nel terzo volume delle *Opere* (7); che, infine, sono ormai del tutto dimenticati, anche nelle bibliografie esistenti, altri scritti minori, anche di un certo rilievo (8).

Ma questa relativa assenza all'interno del mondo dei giuristi ci conduce già nel cuore della nostra analisi su Arcoleo studioso

edizione riveduta ed ampliata', per noi particolarmente significativa, per i motivi sostanziali, che più avanti vedremo).

(7) G. ARCOLEO, *Le Opere*, a cura di G. Paulucci di Calboli e A. Casulli, vol. I, *Studi e profili*, Milano, 1929; vol. II, *Uomini e tempi*, Milano, 1932; vol. III, *Diritto costituzionale*, Milano, 1935. Nella Prefazione al terzo volume, quello che più direttamente ci riguarda, i curatori omettono d'indicare quale sia con precisione il testo di Arcoleo che viene ristampato nel 1935; e, di più, accennano ad un presunto *Trattato di diritto costituzionale* del 1890. In realtà, il terzo volume delle *Opere* riproduce G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale. Dottrina e storia*, Napoli, 1907 (terza edizione; sempre a Napoli, nel 1903 e nel 1904, erano apparse la prima e la seconda edizione). Questa opera ha poi un unico precedente, sia in senso formale che sostanziale: si tratta di G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale. Lezioni dettate nell'Università di Napoli*, a.a. 1901-1902, Napoli, 1902, che reca la seguente *Avvertenza*: « La pubblicazione del riassunto di queste lezioni è stata consentita dal prof. Arcoleo esclusivamente per uso didattico ». In realtà, Arcoleo aveva fatto ben più che approvare un 'riassunto' delle sue lezioni: da un riscontro testuale da noi operato, risulta che i due volumi, del 1902 e del 1907, sono quasi del tutto identici, tanto che è legittimo parlare di un'unica opera principale di Arcoleo, complessivamente databile 1902-1907, attraverso le sue varie edizioni. Nella sostanza, dunque, nel 1935 si è ristampato un testo del 1907, costruito però, anche letteralmente, sulle lezioni napoletane dell'a.a. 1901-1902. Vedremo più avanti che è possibile addirittura risalire ancora più indietro, poiché quelle lezioni, a loro volta, ricalcano gli *Appunti di diritto costituzionale* citati alla nota precedente, e gli altri saggi degli anni Ottanta del nostro giurista, che saranno presi in esame in questo contributo.

(8) Ricordo qui: G. ARCOLEO, *Riforme politiche e riforme amministrative in Italia*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, I (1883), pp. 248-257, un saggio che, pur nella sua brevità, risulta di notevole interesse per la comprensione del costituzionalismo di Arcoleo, allora in fase di formazione. Vi sono già tutti i temi che ritroveremo più avanti nella nostra analisi: il richiamo al modello costituzionale inglese, la polemica contro « la tendenza giacobina del Continente » (p. 252), ma anche la presa di distanza dalla realtà politico-costituzionale tedesca e prussiana, dove un aumento d'influenza del paese, delle sue opinioni e dei suoi bisogni, è ritenuto necessario « per opporre un argine all'eccesso del militarismo e alla prevalenza del potere esecutivo » (p. 253).

di diritto pubblico. Gli anni Ottanta, cioè gli anni nei quali il nostro giurista pone le basi di tutta la sua opera costituzionalistica, sono gli anni in Italia della progressiva introduzione del 'metodo giuridico' nello studio del diritto pubblico. Ciò avviene per opera ed iniziativa di un altro grande giurista del tempo — siciliano anche lui —, per impulso di Vittorio Emanuele Orlando, con alcune celebri prolusioni tenute all'Università di Modena, Messina e Palermo, negli anni 1885-1889<sup>(9)</sup>.

Con l'introduzione del 'metodo giuridico' si voleva, in sintesi, introdurre i criteri di analisi del diritto privato nel campo del diritto pubblico, allora ancora fortemente intriso di riflessioni di carattere filosofico e storico-politico; si voleva, in altre parole, formalizzare la riflessione dei giuristi sullo Stato, con lo scopo di trattare la materia del diritto pubblico — la sovranità, gli organi dello Stato, i diritti dei cittadini — con la stessa 'sicurezza' con la quale veniva trattata da secoli, sulla base del diritto romano, la materia del diritto privato — la persona giuridica, il contratto: la proprietà, i diritti reali, e così via<sup>(10)</sup>.

Diciamo subito che il progetto di Orlando ebbe esito positivo, lasciando un segno che permane fino a noi: da quel momento in poi, i giuristi divengono anche in Italia i tecnici che provvedono ad organizzare la struttura costituzionale e le forme di manifestazione della volontà dello Stato sovrano; nasce cioè quella che i giuristi chiamano la dogmatica di diritto pubblico, dei rapporti tra gli organi dello Stato e le persone giuridiche pubbliche, tra Corona, Camere, Governo e pubblica amministrazione, tra potere centrale e locale, ma anche dei rapporti tra Stato e cittadino, in

---

(9) Delle prolusioni di Orlando, fu pubblicata solo l'ultima, quella di Palermo del 1889; V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, rist. 1954, pp. 3-22.

(10) Al centro si pone, nella prospettiva indicata nel testo, la problematica degli 'istituti giuridici'. Alla fine, il 'metodo giuridico', che aveva preso le mosse dalla relativa perfezione dei modelli privatistici, si tradurrà in concreto nella capacità di costruire istituti autenticamente e specificamente pubblicistici. Sulle diverse valutazioni date in sede storiografica all'introduzione del 'metodo giuridico' negli studi di diritto pubblico in Italia, richiamo ancora M. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico*, cit.

materia di libertà, ma anche di rapporti di prevalente contenuto patrimoniale <sup>(11)</sup>.

Accade così che le biblioteche giuridiche dei primi decenni del secolo vengano letteralmente invase dalle nuove opere di dogmatica giuridica, dai volumi di 'Principii giuridici', dalle monografie di diritto amministrativo. Ed accade conseguentemente che i politici-giuristi, i politici del diritto degli anni Ottanta, coloro che ancora pretendevano di fondare il loro diritto costituzionale su argomentazioni di carattere storico-politico, vengano sempre più emarginati ed isolati. Da quel momento, le loro opere — e tra queste gli stessi saggi di Arcoleo — non verranno più riproposte. Le nuove generazioni di giuristi si formeranno sui volumi di 'Principii' costruiti con le tecniche del 'metodo giuridico', e sulle opere di giuristi come Arcoleo si stenderà uno strato assai consistente di polvere.

Il giurista siciliano mantenne infatti sempre un fermo atteggiamento di distacco critico di fronte alla nuova tendenza, progressivamente vincente, del 'metodo giuridico' <sup>(12)</sup>, per due

---

<sup>(11)</sup> È evidente qui la difficoltà di sintetizzare brevemente, come premessa alla nostra analisi dell'opera di Arcoleo, tutta la complessa problematica del 'metodo giuridico' nello studio del diritto pubblico. In particolare, si deve in questo senso ricordare come Orlando sia stato solo l'iniziatore di questa nuova tendenza metodologica, sul terreno soprattutto del diritto pubblico generale. Saranno poi altri i giuristi — Santi Romano, Oreste Ranalletti —, che provvederanno in concreto a realizzare le opzioni del 'metodo giuridico', procedendo alla costruzione degli istituti dello Stato amministrativo. Ciò non sposta comunque le ragioni del confronto di Arcoleo con quella tendenza metodologica — qui vista soprattutto attraverso Orlando —: nella parte conclusiva vedremo come l'opposizione del nostro giurista sia anche, inscindibilmente, opposizione contro un modello di Stato amministrativo fondato su una presunta 'natura superiore' del diritto pubblico-amministrativo, e degli stessi soggetti pubblici, di fronte alle libertà dei cittadini.

<sup>(12)</sup> Anche M. GALZIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 969, colloca Arcoleo tra i giuristi italiani divergenti dagli insegnamenti del 'metodo giuridico'. Come testimonianza significativa di tale collocazione di Arcoleo, si può poi ricordare G. MOSCA, *La genesi delle costituzioni moderne*, in ID., *Appunti di diritto costituzionale* (1908), ora in ID., *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, p. 555, dove al nostro giurista, assieme ad altri studiosi di diritto pubblico del tempo, viene attribuita la volontà di giungere ad un esame completo dei « rapporti tra le condizioni sociali e le forme politiche », in opposizione a quel 'metodo giuridico' che puntava esclusivamente a « sottrarre il di-

ordini di motivi, tra loro distinti, ma anche fortemente connessi: in primo luogo, perché volle tenere sempre aperto il colloquio tra diritto costituzionale e storia costituzionale, tra diritto costituzionale e politica costituzionale, quest'ultima intesa come politica tendente ad espandere i contenuti della costituzione dello Stato liberale, in termini di libertà civili e politiche; ed in secondo luogo, perché vide sempre, dietro al 'metodo giuridico', derivato in larga misura in Italia dalle costruzioni della scienza giuridica tedesca, la pericolosa presenza politico-ideologica del 'modello Germania', di un modello che fissava i confini dell'evoluzione costituzionale al di là del Governo parlamentare, mantenendo il centro decisionale ultimo al di fuori del Parlamento, nel Monarca e nella burocrazia.

Con ciò il nostro discorso si sposta necessariamente, già in questa fase preliminare, dal piano metodologico a quello dei contenuti dell'opera del nostro giurista, alla sua collocazione nel panorama culturale e politico del tempo.

Vi sono due testimonianze preziose al fine di valutare gli esordi di Arcoleo costituzionalista. La prima è contenuta in uno dei libri più diffusi negli ultimi venti anni del secolo scorso. Si tratta de *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione* di Marco Minghetti, del 1881. Qui troviamo un significativo riferimento a *Il Gabinetto nei Governi parlamentari* di Arcoleo, anch'esso del 1881, in termini del tutto elogiativi nei confronti del giovane giurista siciliano, che, secondo Minghetti, ha « il sentimento chiaro di tutti i problemi che agitano gli Stati odierni » (13).

Ma qual'è per Minghetti questo 'sentimento chiaro' di Arcoleo? Ce lo dice lo stesso Minghetti con una lunga citazione di una

---

ritto costituzionale alle pressioni dei partiti, ossia, delle varie correnti e forze politiche ». Torneremo su questo problema, delle attitudini più o meno 'difensive' della dottrina giuridica italiana nei confronti del rapporto tra costituzione e forze sociali, tra amministrazione e pressioni provenienti dalla sfera della politica organizzata: si tratta anzi — come subito vedremo — di uno dei nostri problemi principali.

(13) M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nella amministrazione*, Bologna, 1881, p. 315 nota 2; G. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881.

pagina del saggio di Arcoleo particolarmente densa di riferimenti ai mali delle istituzioni, e soprattutto decisa nell'imputare tali mali alla prevalenza dello spirito di partito, a sua volta irrobustito dal dogma dell'onnipotenza parlamentare, dal dominio unilaterale delle assemblee elettive; così aveva concluso il brano Arcoleo, trovando il pieno consenso di Minghetti: « La Scienza deve preoccuparsi della instabilità continua delle istituzioni, della mancanza di senso giuridico nella vita pubblica, del pericolo che la Politica uccida il Diritto » (14).

Il 'sentimento chiaro' ravvisato da Minghetti in Arcoleo è dunque questo, attiene al problematico rapporto tra assemblee elettive e pubblica amministrazione, tra politica ed amministrazione, tra politica e diritto. È evidente quindi che Arcoleo respira un certo clima politico-culturale, partecipa anch'egli ad una certa diffusa diffidenza nei confronti della sfera della mediazione politica, del primato delle assemblee elettive, cerca anch'egli, come molti altri pubblicisti del suo tempo, un argine ad un generalizzato stato d'instabilità, esprimendo concettualmente il senso complessivo di questo bisogno di certezza con la parola 'Diritto'.

Ma ancora più significativa è la seconda testimonianza alla quale alludevamo, perché proveniente da un personaggio che già conosciamo, da Vittorio Emanuele Orlando. Si tratta di una recensione (15) al discorso tenuto nell'Università di Roma da Saverio Scolari, intitolato *Della libertà come ragione e fondamento degli istituti politici*. Qui Orlando critica aspramente Scolari, che ha il torto, ai suoi occhi, di considerare la scienza del diritto costituzionale come « la dottrina che tratta del regno costituzionale; a definirla con sintesi vasta, è la dottrina della libertà » (16). Si tratta per Orlando di una definizione riduttiva e fuorviante, che scaturisce da una precisa tradizione di pensiero, da una « pura scuola individualistica », alla quale il giurista siciliano esplicitamente contrappone « una scuola diametralmente opposta », che

---

(14) G. ARCOLEO, *Il Gabinetto*, cit., p. 217, cit. in M. MINGHETTI, *I partiti politici*, cit., p. 315.

(15) V. E. ORLANDO, *Recensione a S. SCOLARI, Della libertà come ragione e fondamento degli istituti politici*, in *Archivio giuridico*, XLI (1888), pp. 552-555.

(16) V. E. ORLANDO, *Recensione*, cit., p. 553.

reputa — ed Orlando con essa — che lo Stato abbia « una vita propria ed indipendente, come naturale e necessario organismo, che ai diritti individuali dà guarentigie, ma non si subordina », e che conseguentemente considera il diritto pubblico come « diritto dello Stato » (17). Da Scolari e dalla sua scuola Orlando si sente diviso da « tutta intera un'educazione scientifica », addirittura da un diverso modo di « sentire il diritto » (18): ed è qui in grande evidenza il 'salto' che Orlando propone in nome delle nuove opzioni di tipo statualistico ed organicistico.

Ma ciò che più rileva ai nostri fini è il fatto che Orlando si preoccupa, in questo medesimo testo, d'indicare quanto ancora sia minoritaria la scuola che egli intende promuovere, e quanto scarsi siano i suoi alleati. Tra questi egli ricorda un solo giurista, ed il nome è sorprendentemente quello di Arcoleo. La nuova tendenza — sostiene Orlando — « non si riscontra che in qualche mio lavoro recente e, prima che in esso, nell'ammirevole Corso di lezioni date nell'Università di Napoli dal prof. Arcoleo, Corso che però è inedito, e che io ho la fortuna di conoscere da una copia litografata dagli studenti » (19). La notazione è tanto più significativa in quanto quel Corso di lezioni, che ho potuto consultare proprio nella edizione del 1888, probabilmente la stessa che Orlando aveva sotto mano, è la base, ed, in diversi punti, il supporto testuale e letterale della maggiore opera di Arcoleo, dello stesso *Diritto costituzionale*, a partire dalla edizione che riflette le lezioni dell'anno accademico 1901-02 (20). Indirettamente, quin-

(17) *Ibid.*, p. 553.

(18) *Ibid.*, p. 553.

(19) *Ibid.*, p. 553.

(20) Il Corso di lezioni al quale Orlando si riferisce è: G. ARCOLEO, *Appunti di diritto costituzionale*, cit. (cfr. *supra*, note 6 e 7). Da un confronto da noi effettuato tra questi *Appunti* del 1888 ed il *Diritto costituzionale* del 1902-1907 (cfr. ancora *supra*, nota 7), risulta quanto segue: la 'parte generale' del 1902-1907 è del tutto simile, a volte letteralmente identica, ai corrispondenti 'prolegomeni' del 1888, anche per ciò che riguarda i concetti fondamentali ivi espressi, come sovranità, Stato, libertà, governo, rappresentanza; la parte sulle 'Costituzioni moderne' del 1902-1907 è già presente, seppure in forma ridotta, nel 1888, e le aggiunte non mutano comunque il senso complessivo della ricostruzione dei modelli costituzionali proposta da Arcoleo; mutano i criteri di sistemazione della 'parte speciale', non più articolata secondo 'poteri', ma secondo

di, la portata dell'osservazione di Orlando si estende; e se la sua lettura delle Lezioni di Arcoleo fosse corretta, ne conseguirebbe che il complesso — o comunque buona parte — dell'opera del nostro giurista sarebbe attratto verso il polo costituito da quei materiali teorici che determinano la svolta propugnata dallo stesso Orlando. In definitiva, Arcoleo come il giurista che, con le sue Lezioni napoletane degli anni Ottanta, ha posto i presupposti per la revisione in senso antiindividualistico ed anticontrattualistico, a favore di quelle nuove dottrine alle quali si affiancherà lo stesso 'metodo giuridico' progressivamente vincente.

Dunque, come uscire da questo intricato groviglio di riferimenti all'opera di Arcoleo? Da una parte, un giurista fermo oppositore del 'metodo giuridico', che proprio a Napoli, nel discorso del 1884 su *Diritto e politica*, aveva insistito a lungo sulla necessità di non separare studi giuridici e studi politici, diritto costituzionale e politica costituzionale <sup>(21)</sup>; dall'altra, quel medesimo giurista, che i contemporanei — Minghetti ed Orlando — indicano come uno dei principali critici delle istituzioni parlamentari e delle dottrine individualistiche rivoluzionarie, quasi come uno dei più rilevanti sostenitori della nuova filosofia dello 'Stato or-

---

'istituzioni', e tuttavia a tale mutamento di struttura, che in apparenza suggerirebbe un mutamento sostanziale, non corrisponde poi un effettivo nuovo contenuto della stessa 'parte speciale' del 1902-1907, nella quale la corrispondente parte del 1888 è ampiamente ripresa anche in senso letterale. La nostra conclusione è che l'opera principale di Arcoleo, il *Diritto costituzionale*, è classificabile come 'opera di riscrittura' degli *Appunti* del 1888, ai quali poi debbono essere aggiunti gli altri saggi degli anni Ottanta, che più avanti esamineremo, anch'essi ampiamente riutilizzati nella stesura dell'opera della maturità. Quando giungeremo all'esame di tale opera, non mancheremo di sottolineare le eventuali concordanze letterali con gli scritti giovanili.

<sup>(21)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto e politica*, discorso letto il 16 novembre 1883, per la inaugurazione degli studi nella R. Università di Napoli, 1884, ora in *Id.*, *Opere*, cit., vol. II, pp. 197-218. È significativo il fatto che questo discorso, complessivamente ispirato alla necessità di riavvicinare studi politici e studi giuridici, e di mantenere continuamente aperto il dialogo tra 'diritto' e 'politica' a partire da due distinte identità, evitando ogni visione panpolitica o pangiuridica, venga poi trasfuso da Arcoleo, con alcune modificazioni, ma anche con molti brani assolutamente identici, nel *Proemio* al *Diritto costituzionale*, in sintonia con quanto dicevamo alla nota precedente, ed a conferma, ancora una volta, della sostanziale ispirazione unitaria dell'opera del nostro giurista.

ganico', dunque come pienamente partecipe, in posizione attiva, alla svolta sul piano politico-culturale che condurrà il ceto dei giuristi proprio all'approdo del 'metodo giuridico'.

In altre parole, è forse possibile pensare ad un giurista — nel nostro caso Arcoleo — che, prima coopera attivamente alla messa in crisi delle vecchie convinzioni politiche, alla crisi dell'individualismo e del contrattualismo, alla critica al primato delle assemblee elettive, e poi si ritrae, quasi spaventato dalle conseguenze ultime di tutto ciò, condannando gli 'eccessi' del 'metodo giuridico', e, più ancora, i pericoli insiti nel 'modello Germania'? Può darsi che questa sia, in sintesi, la vicenda intellettuale di alcuni dei giuristi italiani della fine del secolo scorso; ma non è sicuramente la vicenda di Arcoleo. Ciò che è certo è che non si hanno due tempi nella riflessione del nostro giurista, che si svolse invece — come vedremo più avanti — in modo compatto, a partire dalle medesime fondamentali convinzioni teoriche e politiche.

In realtà, questo nodo non si scioglie se non passando dallo specifico di Arcoleo al più complessivo panorama della cultura politico-giuridica degli anni Ottanta. In questi anni, per molti versi decisivi, viene alla luce una sorta di cultura diffusa di segno nettamente antiparlamentare, contestativa degli eccessi della sovranità popolare e della cosiddetta onnipotenza delle assemblee elettive. Ma sarebbe grave errore appiattare, sul piano storiografico, la multiforme realtà di quegli anni. Solo per alcuni pubblicisti la rilevazione dei deprecati 'mali delle istituzioni' si traduceva in proposta apertamente alternativa, contestativa del Governo parlamentare, e di ritorno al sistema costituzionale puro<sup>(22)</sup>. Per altri, per Orlando in primo luogo, vi è invece semplicemente bisogno di una decisa rilettura della tradizione costituzionalistica liberale che si traduca in un rafforzamento della componente giuridico-istituzionale su quella politico-partitica, ma senza che

---

(22) È qui naturalmente ovvio il riferimento a S. SONNINO, *Scritti e discorsi extraparlamentari 1870-1902*, volume primo, Bari, 1972, che contiene in particolare: *Dove andiamo?* (1878), pp. 223-226; *Il parlamentarismo e la Monarchia* (1880), pp. 347-358; *Torniamo allo Statuto* (1897), pp. 575-597; *'Quid Agendum?'*. *Appunti di politica e di economia* (1900), pp. 679-708: tutti saggi dai quali balza fuori, complessivamente, una linea di politica istituzionale ben diversa da quella che vedremo perseguita da Arcoleo.

ciò implichi una necessaria uscita dal Governo parlamentare. Ed infine, vi è anche chi, come Arcoleo, critica il medesimo stato delle istituzioni in chiave di divergenza da *un modello costituzionale ancora rigorosamente fondato sul primato della legge*, dunque propugnando la necessità di restaurare e rinvigorire tale primato, non solo in rapporto ai possibili arbitrii delle maggioranze parlamentari, ma anche, inscindibilmente, in rapporto ai possibili abusi del potere esecutivo.

È proprio all'interno di tali differenze che è necessario lavorare, non solo per capire più a fondo Arcoleo, ma anche, al di là della sua opera, per riscoprire questa molteplicità di posizioni politiche, e di progetti, tutti egualmente presenti nell'Italia di fine secolo. Che poi si tratti, come nel caso di Arcoleo, di progetti perdenti, è altro discorso. La storia degli sconfitti è spesso più interessante di quella dei vincitori; ed Arcoleo fu certamente uno sconfitto di rilievo, che occupò una posizione non trascurabile nella dottrina giuridica italiana tra Otto e Novecento. Su queste considerazioni più generali torneremo concludendo questo lavoro. Per ora conviene procedere con ordine, sui testi del nostro giurista.

## 2. *Il Governo parlamentare in Italia ed i 'modelli costituzionali' europei. Le teorie di Arcoleo.*

Conviene prendere le mosse da uno degli scritti di Arcoleo meno noti, ma per noi — come subito vedremo — di grande significato. Si tratta di *Riunioni ed Associazioni politiche*, del 1878 <sup>(23)</sup>:

---

<sup>(23)</sup> G. ARCOLEO, *Riunioni ed associazioni politiche (Note all'art. 32 dello Statuto)*, Napoli, 1878. Le tesi sostenute in questo saggio giovanile furono significativamente riprese in sede di opposizione ai provvedimenti di fine secolo con i quali si tentava di restringere l'esercizio delle libertà di riunione e di associazione: G. ARCOLEO, *Sui provvedimenti politici* (Discorsi alla Camera del 16 e 17 giugno 1899), in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XX, Seconda Sessione, Discussioni*, Tornate del 16 e 17 giugno 1899, pp. 4522-4527 e p. 4564, dove, pur non realizzandosi, da parte del nostro giurista, una perfetta coincidenza di posizioni con l'ostruzionismo dell'Estrema Sinistra, è tuttavia evidente la costante ispirazione in senso garantistico contro il pericolo di una « soppressione assoluta del diritto di riunione ».

siamo dunque agli esordi di Arcoleo costituzionalista, prima ancora dei più noti saggi degli anni Ottanta. Già qui determinati caratteri essenziali dell'opera del nostro giurista balzano in primo piano, e di questi ci dobbiamo ora occupare.

È vero infatti che assai radicale è in Arcoleo la critica alla teoria dei diritti innati della Rivoluzione francese, e dunque che assai pressante è, di conseguenza, la rivendicazione allo Stato del potere di regolamentazione dell'esercizio del diritto di riunione e di associazione <sup>(24)</sup>; ma altrettanto forte è in lui la polemica contro gli eccessi opposti della dottrina tedesca, che pecca per il nostro giurista di « soverchio organismo », e finisce così per rendere i cittadini stessi, nell'esercizio dei loro diritti, « organi dello Stato » <sup>(25)</sup>.

Se dunque lo Stato deve regolamentare e disciplinare, non per questo si deve cadere, come in Germania, nell'ipotesi della legge speciale: « la legge speciale sarebbe inutile, se liberale, inconstituzionale, se restrittiva » <sup>(26)</sup>; ed a questo proposito è anche violenta la polemica di Arcoleo contro le *Sozialistengesetze* di Bismark, contro il celebre discorso del Cancelliere tedesco del Settembre 1878 <sup>(27)</sup>.

Accurata rilevazione, quindi, dei pericoli insiti in una visione tutta prestatuale del diritto di riunione ed associazione, ma sostanziale secca risposta negativa a chi anche in Italia pretendeva l'emanazione di una legge speciale in materia: e, soprattutto, nella tensione tra i due opposti pericoli, l'assunzione deliberata di un punto di vista specifico, che è chiaramente *il punto di vista della libertà*. Vi è infatti un limite invalicabile nello sforzo di regolamentazione statale di tali diritti; afferma in proposito Arcoleo: « Gravi sono gli ostacoli per regolare il diritto di riunione e di associazione: questo non è una funzione del potere, è una funzione della libertà, e questa sfugge alle definizioni, sia nella sua intrinseca natura, che nel suo sviluppo » <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> G. ARCOLEO, *Riunioni*, cit., pp. 3 e ss.

<sup>(25)</sup> *Ibid.*, pp. 35-36.

<sup>(26)</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>(27)</sup> *Ibid.*, pp. 55 e ss.

<sup>(28)</sup> *Ibid.*, p. 42.

È dunque vero che Arcoleo supera la concezione individualistica dei diritti innati, ma non fino al punto in cui avrebbe voluto condurlo il nuovo positivismo statualista, cioè fino a considerare le libertà individuali come mere funzioni del potere pubblico statale. Quelle libertà non possono infatti essere per Arcoleo completamente normativizzate, tanto meno con leggi speciali. Esse fanno piuttosto parte di una sorta di 'diritto comune', che il nostro giurista inizia proprio ora ad intravedere, un diritto comune che precede lo Stato, che lo Stato può e deve riconoscere ed organizzare, ma che mai può sopprimere con un procedimento di suo totale assorbimento nel diritto positivo dello Stato medesimo <sup>(29)</sup>.

Si sarà già intuito che questo 'diritto comune' arricchisce il nostro quadro di riferimento con un nuovo elemento, il modello costituzionale inglese. Nell'opposizione di tale modello a quello continentale giacobino, ma contemporaneamente anche a quello organicista tedesco, deve essere ricercata la specificità della dottrina costituzionale di Arcoleo, a partire dal suo saggio, del 1880, dedicato a *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*.

La questione del bilancio era tutt'altro che periferica nel diritto pubblico della fine del secolo scorso. Proprio attraverso la discussione sul diritto di bilancio, in occasione del conflitto costituzione prussiano, si era consolidata l'egemonia prussiana e bismarkiana sul processo di unificazione nazionale in Germania; e la letteratura tedesca in materia già nel corso degli anni Settanta era largamente presente nella riflessione dei giuristi e degli uomini politici italiani.

Nel 1869 inizia a circolare ampiamente in Italia la traduzione di un saggio di un giurista tedesco destinato ad esercitare una larga influenza. Il saggio, di Rudolf von Gneist, intitolato *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, è preceduto da una Prefazione di Ruggiero Bonghi, da una lettera dello stesso Bonghi ad Angelo Messedaglia, e contiene in Appendice la tradu-

---

<sup>(29)</sup> *Ibid.*, p. 64, dove la repressione degli abusi nell'esercizio del diritto di riunione ed associazione viene affidata alle ipotesi normative contenute nel Codice penale, inteso proprio come 'diritto comune', in opposizione ad una prospettiva più dichiaratamente governativa-amministrativa, da attuarsi con quello strumento della 'legge speciale', da Arcoleo vigorosamente rifiutato.

zione di alcuni significativi brani del 'Diritto amministrativo inglese' dello stesso Gneist <sup>(30)</sup>.

Citiamo questo saggio, che poi è in realtà un piccolo opuscolo, più che altro perché in queste pagine, soprattutto nella Prefazione di Bonghi, il 'modello costituzionale inglese', al quale sopra facevamo riferimento, anche a proposito di Arcoleo, viene deliberatamente usato in una precisa direzione polemica. Contro la tendenza continentale giacobina, la discussione sul bilancio in Inghilterra, grazie all'istituto del 'fondo consolidato', non costituisce, come in Francia ed in Italia, l'occasione per ridiscutere ogni volta della titolarità dei diritti di sovranità politica, per riaffermare in modo unilaterale il primato assoluto della Camera elettiva. Sotto questo profilo, il 'modello inglese' rappresenta il modello europeo di 'Stato giuridico', che è poi quello Stato che non vive di luce intermittente, sulla base della mutevole volontà delle assemblee rappresentative, ma che invece trova la sua identità complessiva, dunque le ragioni di fondo della sua stabilità, in un sistema istituzionale collocato al di là della Camera dei rappresentanti, in sintesi nell'amministrazione e nella burocrazia.

È evidente come, quasi inavvertitamente, l'esaltazione del modello inglese sia qui progressivamente scivolata verso ideali costituzionali suggeriti anche dall'esperienza tedesco-prussiana; o, meglio, come questi due modelli si saldino insieme nel ragionamento di Bonghi, contro la tendenza continentale giacobina, contro le mitologie della sovranità popolare. La conclusione dello stesso Bonghi è in proposito di una chiarezza sconcertante: « La Prussia è oggi l'unico Stato del Continente, in cui un sistema parlamentare ha speranza di prendere quando che sia radici vere e salde » <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> R. VON GNEIST, *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, Firenze, 1869 (osservazioni del dott. Rodolfo Gneist precedute da una lettera di Ruggiero Bonghi ad Angelo Messedaglia). Sul significato di questo saggio, e della sua edizione italiana, cfr. R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 66 e ss., dove vengono discusse anche le prese di posizione di Arcoleo. Testimonia la rilevanza ed il peso delle problematiche introdotte nel 1869 il saggio di L. RAVA, *Il sindacato parlamentare e il diritto del bilancio*, in *Rivista di diritto pubblico*, I (1890), pp. 523-558 e 605-641.

<sup>(31)</sup> R. BONGHI, *Prefazione*, in R. VON GNEIST, *Il bilancio*, cit., p. XIV. Sulle linee di politica istituzionale suggerite da Bonghi, al fine di un utile confronto

Se il problema fondamentale delle istituzioni post-rivoluzionarie è quello della instabilità, se tale instabilità deve farsi risalire al mai tramontato dogma giacobino della sovranità popolare, se il compito del presente è quello della edificazione dello 'Stato giuridico', nel tentativo di sottrarre le istituzioni al dilaniante gioco delle mediazioni politiche, allora, a questo fine, è necessaria una radicale inversione di rotta sul piano della cultura politico-giuridica, che consente di abbandonare il prevalente influsso della corrente dottrina giacobina francese in favore dei nuovi contributi della scienza giuridica tedesca, e rivisitando nello stesso tempo la medesima storia costituzionale inglese, non più vista in chiave di affermazione della componente elettivo-parlamentare, ma anch'essa giudicata come terreno di sviluppo organico e graduale di un modello di Stato che trova la sua identità sostanziale nella dimensione *istituzionale-amministrativa*, della quale la stessa costituzione viene vista come espressione ultima. In conclusione, l'organicismo e lo statualismo tedesco che si fondono con la esaltata 'natura storica' della costituzione inglese, contro l'arbitrio individualistico e contrattualistico della Rivoluzione.

Quando dunque il giovane Arcoleo si accinge a pubblicare nel 1880 il suo saggio sul bilancio, questi sono i problemi sul tappeto. Anche per Arcoleo si deve superare la fase puramente 'politica' del diritto costituzionale determinata dalla Rivoluzione francese <sup>(32)</sup>; anche per il nostro giurista è la storia costituzionale inglese il tramite culturale necessario per comprendere che, al di là della volontà parlamentare, delle lotte tra i partiti, delle mutevoli maggioranze, deve esistere un « forte organismo » che è lo Stato medesimo; ne consegue che « lo Stato non deve vivere a stecchetto per concessione del Parlamento: poteva questo (nel diritto costituzionale inglese) allargare le sfere dell'amministra-

---

con quanto su temi analoghi sosteneva Arcoleo, si devono quanto meno tener presenti i saggi: R. BONGHI, *Una questione grossa. La decadenza del regime parlamentare*, in *Nuova Antologia*, 1-6-1884; ID., *Dei limiti del potere d'inchiesta nelle assemblee*, estr. da *Nuova Antologia*, Firenze, 1869; ID., *La riforma del Senato*, in *Nuova Antologia*, 1-8-1887; ID., *L'ufficio del Principe in uno Stato libero*, in *Nuova Antologia*, 15-1-1893.

<sup>(32)</sup> G. ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, 1880, pp. 6 e ss.

zione, soddisfare nuovi bisogni, svolgere nuove funzioni, ma al di sopra della sua volontà c'era un diritto indiscusso» (33), che per Arcoleo è appunto il diritto dello Stato, il diritto comune, in altre parole la legge, ma intesa in una dimensione più alta e superiore rispetto alla legge come puro prodotto della contingente volontà della maggioranza.

Anche se, in questo punto, ed in molti altri del saggio, il richiamo del giurista siciliano alla dottrina tedesca è ricorrente, anche allo stesso Gneist (34), in realtà il ragionamento di Arcoleo è già a questo livello notevolmente divergente da quello di Bonghi o di altri uomini politici del tempo, che puntavano decisamente ad un consistente rafforzamento del potere esecutivo, sulla base del noto modello tedesco-prussiano.

Nelle pagine dedicate a ' Il bilancio in Prussia e nel secondo Reich ', la presa di distanza è notevole, ed è tale proprio nei confronti di Gneist, e del suo tentativo di assimilare il diritto di bilancio inglese a quello tedesco-prussiano: è vero che in entrambi i casi si è tentato di dare una ' base stabile ' al bilancio vincolando lo stesso Parlamento, ma solo in Prussia-Germania la giusta idea della continuità dello Stato si è trasformata in qualcosa di più specifico e diverso, in « canone di governo assoluto » (35). Arcoleo è dunque decisamente nella schiera di quei liberali europei che, alla fine del secolo scorso, consideravano il governo senza bilancio approvato dal Parlamento, attuato da Bismark in Prussia nel periodo 1862-1866, come un attentato alla Costituzione, e non come una sorta di ' necessità giuridica ' (36). In sostanza, se è vero che per il nostro giurista vi deve essere lo Stato al di là delle maggioranze parlamentari, è anche vero che tale Stato non s'identifica mai in lui con il complesso istituzionale Monarca-Governo-burocrazia.

---

(33) *Ibid.*, p. 19.

(34) *Ibid.*, pp. 22-23, 43, 46-47, per diversi richiami a Gneist e Paul Laband, altro giurista tedesco che maturò molte delle sue convinzioni a partire dall'analisi del diritto di bilancio: cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 304 e ss.

(35) G. ARCOLEO, *Il bilancio*, cit., p. 36.

(36) *Ibid.*, pp. 38 e ss.

La ricerca di Arcoleo è invece la ricerca di una dimensione della legge dello Stato che sia superiore, sia alle occasionali volontà di maggioranza, sia però anche agli atti del potere esecutivo: di entrambi egli teme il possibile abuso. Ciò vale anche per il caso specifico del diritto di bilancio. Il limite che la Camera elettiva deve incontrare nell'esame del bilancio è il limite derivante da quelle che sono qui definite « le leggi organiche di giustizia e di amministrazione », leggi tali da costituire una sorta di « suprema autorità sopra le annualmente mutabili norme di bilancio »<sup>(37)</sup>. Tale limite non è dunque soggettivo, non sta nei ' superiori fini ' di uno Stato posto fuori dalla stessa Camera, e che troppo spesso, proprio in Germania, finisce per identificarsi con il Governo e la pubblica amministrazione, ma obbiettivo, di ordine costituzionale, tale da vincolare simultaneamente, e sul medesimo terreno, sia le assemblee rappresentative, che lo stesso potere esecutivo<sup>(38)</sup>.

Sorge allora spontanea la domanda: quali sono queste ' leggi organiche di giustizia e di amministrazione ', alle quali in qualche modo Arcoleo affida la coerenza complessiva di tutto l'ordinamento costituzionale positivo? Diciamo subito, con il nostro giurista, che esse devono possedere intanto il requisito formale della doppia approvazione delle Camere e della sanzione regia<sup>(39)</sup>: ma non è certo questa una risposta esaustiva, dal momento che tutta la legislazione in senso formale, in uno Stato monarchico costituzionale, deve rispondere a tali requisiti.

Si deve piuttosto presupporre un'altra consapevolezza del nostro giurista, che, nel corso di tutta la sua opera scientifica, tenne sempre a distinguere lo Statuto quale Costituzione formalmente vigente da un'altra Costituzione, intesa come complesso di principii non violabili da parte dei poteri dello Stato. È a livello di questa ' seconda ' Costituzione che devono essere collocate le ' leggi organiche ' così rilevanti anche per la materia specifica del bilancio: è qui che si costruisce « l'ordinamento costituzionale del quale non sono che strumento il governo come l'assemblea »<sup>(40)</sup>.

<sup>(37)</sup> *Ibid.*, pp. 43-44.

<sup>(38)</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>(39)</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>(40)</sup> *Ibid.*, p. 77.

Si può allora tentare una qualche considerazione più generale sull'opera del nostro giurista. Per Arcoleo, la Costituzione non è stata totalmente assorbita nelle manifestazioni di volontà dello Stato-persona, ma continua a rappresentare *un limite esterno* allo Stato, a sua volta inteso come soggetto dotato di poteri normativi. Ciò suggerisce poi due altre osservazioni: in primo luogo, ci conferma quanto effettivamente grande fosse la distanza tra l'opera di Arcoleo e quei progetti più rigorosamente ispirati dal positivismo d'impronta statualistica; e ci indica infine la direzione effettiva del progetto di Arcoleo, che definirei di progressiva costituzionalizzazione dell'esperienza politica liberale in Italia, nel senso che egli riteneva comunque necessario superare la fase dello Statuto, giungere alla definizione di alcuni principii intangibili, e garantire anche la non valicabilità di tali limiti.

In sintonia con questi criteri più generali sono certamente le proposte concrete di Arcoleo, le proposte di politica costituzionale contenute nella parte conclusiva del saggio del 1880. Mi riferisco qui principalmente alla proposta d'istituzione di una « Alta Corte di Giustizia » <sup>(41)</sup>, intesa come « un'autorità suprema, indipendente », tale da rappresentare « l'ultima istanza rispetto al sindacato costituzionale », istituita dalle due Camere, ma al di fuori dei rispettivi componenti, e che dovrebbe giudicare sulle violazioni del diritto di bilancio da parte del Governo, dopo che gli atti del Governo medesimo già fossero stati sospesi dalla Corte dei conti <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>(42)</sup> *Ibid.*, p. 136. La proposta di Arcoleo assume particolare valore anche per la contestuale serrata critica del nostro giurista alla dipendenza della Corte dei conti dal potere esecutivo. Per Arcoleo, quella Corte si trovava ad essere, nel diritto italiano, « invece di organo sussidiario del potere legislativo, quasi appendice dell'esecutivo », snaturando così la sua identità istituzionale di « funzione del potere legislativo » (id., pp. 133-134). Complessivamente, il giurista siciliano punta a spezzare lo stretto legame tra contabilità di Stato e potere esecutivo, caratteristico, sia dell'ordinamento francese, che di quello tedesco-prussiano (id., pp. 136 e ss.), recuperando, proprio tramite la Corte dei conti, un'effettiva e costante capacità di controllo del Parlamento sugli atti della pubblica amministrazione (id., pp. 142-143). Proprio per questi motivi, la competenza dell'Alta Corte di giustizia a decidere sulla sospensione degli atti del Governo da parte della Corte dei conti assume concretamente il significato di giudizio sull'ambito del

Ma quali violazioni? È giustificato un meccanismo del genere per puri problemi di corrispondenze contabili, di coerenza nella spesa pubblica? La proposta di Arcoleo è in realtà appena abboz-

---

sindacato parlamentare, attorno al delicatissimo e centralissimo rapporto tra primato delle 'leggi organiche' e discrezionalità amministrativa. Da ricordare, infine, che Arcoleo si riferisce in queste pagine al 'sistema austriaco': ciò riguarda però solo il modo di formazione dell'Alta Corte di giustizia, la esclusiva designazione parlamentare al di fuori dei membri del Parlamento medesimo, mentre del tutto diversa era la funzione e la competenza di quella Corte nell'ordinamento austriaco. La proposta d'istituzione di un'Alta Corte di giustizia era stata messa in rilievo anche da R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., p. 69, ma in senso del tutto diverso da quello qui indicato, e presupponendo anzi un'assimilazione complessiva della figura di Arcoleo al 'revisionismo' costituzionale di fine secolo, sulla quale non possiamo concordare. Faucci ricorda inoltre (id., p. 73) che di una « Corte suprema di giustizia giudice dei limiti tra i vari poteri dello Stato » aveva parlato anche P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia*, Bologna, 1882, vol. II, pp. 140-141. Sempre con riferimento alla cultura politico-giuridica del tempo, si può ricordare anche I. ARTOM, *Introduzione a R. VON GNEIST, Lo Stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica* (tr. it.), Bologna, 1884, in *Biblioteca di Scienze politiche*, diretta da A. Bruniati, vol. VII, Torino, 1891, pp. 1132, dove si discute della possibilità, e dell'opportunità, d'istituire un « comitato giuridico parlamentare », eletto dalle Camere, e competente, sulla base delle petizioni dei cittadini, a dichiarare la presenza, in un certo atto del potere esecutivo, di « un abuso amministrativo »; a questo stesso Comitato si potrebbe poi affidare, secondo Artom, l'esame dei decreti del Governo registrati con riserva, a causa delle « obiezioni di legalità presentate dalla Corte dei Conti ». Tuttavia, anche la proposta di Artom è appena abbozzata, e risponde comunque prevalentemente all'esigenza — certamente assai sentita nell'Italia liberale di fine secolo — di svincolare il più possibile le forme di esercizio del sindacato parlamentare, con organi appositi, dalle 'passioni' di parte presenti nella Camera elettiva. Diverso il caso di Arcoleo, che a questa diffusa preoccupazione affianca la prospettiva originale di ricerca di più saldi livelli di rigidità costituzionale, e che dunque a simili proposte d'istituzione di 'Corti', o 'Comitati', finisce per attribuire il significato, del tutto diverso, della progressiva costruzione in Italia di un vero e proprio giudizio di costituzionalità. Quanto la posizione di Arcoleo fosse eterodossa, e tutto sommato isolata, nel contesto di una cultura giuridica complessivamente ostile nei confronti di ogni tipo di sindacato costituzionale, è ben comprensibile leggendo le pagine che a queste problematiche furono dedicate da Vittorio Emanuele Orlando, sulle quali cfr., più avanti, la nota 54. Non si può infine non tener conto, come sopra dicevamo, della strenua difesa, che Arcoleo compie, di una certa figura istituzionale della Corte dei conti, intesa come espressione in senso pieno del sindacato parlamentare, e non come mero organo burocratico di contabilità, posto in situazione

zata, ma io credo che non si sia lontani dal vero affermando che il nostro giurista sta qui discutendo di violazioni di ordine costituzionale, pensa cioè a quella 'Alta Corte' come ad un embrione di Corte Suprema, di Corte Costituzionale.

In realtà, la Corte in questione avrebbe il compito di giudicare su una divergente interpretazione del diritto di bilancio: da una parte il potere esecutivo che sostiene di non aver violato quel diritto con i propri atti, dall'altra la Corte dei conti che, in quanto espressione del sindacato parlamentare, aveva già provveduto a sospendere gli atti medesimi, ritenendoli al contrario violativi di quello stesso diritto. In tal modo, l'Alta Corte di giustizia, passando attraverso la risoluzione di simili conflitti, non potrebbe non ergersi progressivamente ad interprete autentica dei caratteri e dei contorni effettivi del diritto di bilancio, visibilmente portatrice di un 'diritto superiore' ai poteri dello Stato, custode, ma soprattutto attivamente interprete, di quelle 'leggi organiche', nelle quali Arcoleo ravvisava il momento della necessaria rigidità costituzionale, da conseguire in seno allo Stato liberale al di là della lettera dello Statuto, attraverso una progressiva, e creativa, ridefinizione dei rapporti tra i poteri dello Stato, e delle stesse sfere di libertà dei cittadini.

Certo, si tratta di un meccanismo assai circoscritto, limitato agli aspetti finanziari ed agli atti del Governo. E tuttavia, nelle pagine conclusive del volume, tornando sul tema, Arcoleo auspica che anche la funzione legislativa possa trovare « i suoi freni in una sfera elevata di principii »; e significativamente ricorda qui un'esperienza costituzionale in questo tempo poco studiata e

---

di dipendenza dal potere esecutivo. Anche su questo punto specifico, è bene ricordare quanto affermava un altro protagonista del tempo come G. Mosca, *Sulla teorica dei Governi e sul Governo parlamentare. Studi storici e sociali*, Torino, 1884, ora in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, dove della Corte dei conti italiana si esalta proprio la 'natura' di « corpo puramente burocratico », dichiarando apertamente che ha costituito una vera e propria « fortuna » per il nostro ordinamento il fatto che, all'indomani dell'Unità, non sia prevalsa l'opinione di coloro che, sull'esempio belga, della Corte avrebbero voluto fare « lo strumento con il quale la Camera controlla finanziariamente tutto il potere esecutivo » (pp. 209-210): mentre, probabilmente, proprio dal modello belga muoveva Arcoleo per le sue proposte di riforma istituzionale.

ricordata dai pubblicisti italiani: « in America esiste una Corte Suprema, che può dichiarare una legge incostituzionale » (43).

Così, il costante richiamo di Arcoleo al modello costituzionale inglese, al modello di 'diritto comune', lungi dal rappresentare, come in Bonghi ed in altri, un puro strumento di polemica contro gli eccessi del parlamentarismo, è in realtà direttamente produttivo della costante ricerca di una Costituzione che possa imporsi sulla volontà dei singoli poteri dello Stato. La ricerca di stabilità, lungi dall'esaurirsi nell'apologia acritica della burocrazia e della sua presunta obbiettività in rapporto al Parlamento, si traduce invece nell'aspirazione a rafforzare il livello autenticamente costituzionale delle istituzioni liberali, la saldezza di quel 'diritto comune' che per il nostro giurista deve costituire limite invalicabile alle pretese della Camera elettiva, come anche del potere esecutivo.

È inutile qui insistere nell'analisi dettagliata delle opere di Arcoleo, che confermano questa linea di fondo individuata a partire dal diritto di bilancio. Alludo qui al saggio, pur rilevantissimo, dedicato a *L'inchiesta nel Governo parlamentare*, del 1881 (44); all'articolo a proposito di *Riforme politiche e riforme*

(43) G. ARCOLEO, *Il bilancio*, cit., pp. 156-157.

(44) G. ARCOLEO, *L'inchiesta nel Governo parlamentare*, Napoli, 1881; e ID., *Le inchieste parlamentari*, in *Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche*, diretto da C. F. FERRARIS, III (1882), pp. 174-244. Semplici ragioni di brevità c'impongono di trascurare un esame diretto del lavoro compiuto da Arcoleo sul difficile terreno delle inchieste parlamentari, non senza avvertire che tale lavoro costituisce l'ideale terzo capitolo dell'impegno costituzionalistico di Arcoleo negli anni Ottanta, dopo il saggio già esaminato sul bilancio, e quello che subito vedremo a proposito del Governo di Gabinetto. Quanto alla presenza di Arcoleo nell'*Annuario* diretto da Ferraris, è da notare che il suo nome compare sul frontespizio della Rivista, tra coloro che formano il Comitato direttivo. Sulla circostanza si dovrebbe indagare più a fondo, dal momento che — com'è noto — l'*Annuario* di Ferraris rappresenta forse il più consistente tentativo di organizzazione culturale non allineato con le prospettive suggerite dai sostenitori del 'metodo giuridico'. Infine, ancora circa la concezione del diritto d'inchiesta in Arcoleo, è da ricordare anche la sua costante presenza su questa problematica a livello parlamentare: cfr., per tutti, il *Discorso del Senatore G. Arcoleo*, pronunciato in Senato nelle tornate del 24 e 25 marzo 1904, Roma, 1904 (a proposito della Commissione d'inchiesta sulla Marina Militare), di un certo rilievo al di là del-

*amministrative in Italia*, del 1883 <sup>(45)</sup>; al più noto discorso del Novembre 1883, pronunciato nell'Università di Napoli, e dedicato a *Diritto e politica* <sup>(46)</sup>.

Non si può tuttavia dimenticare uno dei più celebri saggi di Arcoleo, *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, del 1881, anche perché in proposito è per noi di grande rilievo il confronto con quanto in quegli anni andò elaborando Vittorio Emanuele Orlando, fino ai suoi fondamentali *Studi giuridici sul governo parlamentare* <sup>(47)</sup>.

In questo saggio, Orlando aveva un duplice obiettivo polemico: da una parte, come di consueto, il contrattualismo rivoluzionario, che ha tutto subordinato ai voleri della Camera elettiva, dall'altra però anche quelle reazioni in direzione opposta, sia italiane, con Mosca, Bonghi, ed altri, sia tedesche, con Rudolf von Gneist, che finiscono, specialmente con l'opera di quest'ultimo, per considerare il Governo parlamentare come un semplice « stato di fatto artificiosamente creato dal prepotere delle forze popolari », in contraddizione con i principii veri dello « Stato di diritto » <sup>(48)</sup>. Se si è giunti ad una tale situazione di debolezza delle istituzioni parlamentari, a critiche così acri, è proprio a causa degli 'eccessi' della 'scuola radicale', identificata con la fase giacobina della rivoluzione francese. Su questo punto, Arcoleo ed Orlando sembrano concordare.

E tuttavia Orlando non intende fermarsi a questo punto, alla emarginazione della componente radicale dal costituzionalismo europeo. Citando proprio lo scritto di Arcoleo del 1881, e le critiche di questi alla tendenza rivoluzionaria giacobina, Orlando giudica insufficienti tali critiche, che dovrebbero a suo giudizio estendersi anche a « quella scuola liberale che, sulle orme di Montesquieu, dallo studio del governo costituzionale in Inghilterra,

---

l'occasione specifica, per la connessione stabilita tra inchiesta parlamentare, sindacato parlamentare, e caratteri generali del Governo parlamentare (pp. 10-11).

<sup>(45)</sup> Cfr. *supra*, nota 8.

<sup>(46)</sup> Cfr. *supra*, nota 21.

<sup>(47)</sup> G. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, Napoli, 1881; V. E. ORLANDO, *Studi giuridici sul Governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, XXXVI (1886), ora in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345-415.

<sup>(48)</sup> V. E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., p. 350.

trasse la teoria ed il sistema dell'odierno governo parlamentare » (49). Dunque, i mali delle istituzioni non hanno la loro radice culturale esclusivamente nell'eccesso radicale, ma in tutto un filone del pensiero liberale-costituzionale, che ha preso origine da Montesquieu e dalla sua teoria della divisione dei poteri, per svilupparsi in Inghilterra, soprattutto attraverso l'opera di Blackstone: è proprio questo filone di pensiero che ha fatto penetrare nel costituzionalismo europeo, ben al di là della sovranità popolare dei radicali francesi, l'idea della onnipotenza parlamentare (50).

Per Orlando, quindi, non è sufficiente estromettere dal costituzionalismo liberale il contributo della componente radicale. È necessaria invece una revisione a fondo dei presupposti teorico-politici di quello stesso costituzionalismo. A tale revisione, il punto di partenza, in senso sostanziale, è offerto dallo storicismo tedesco, dalla Scuola Storica di Savigny, che per Orlando solo in apparenza ha fornito contributi delimitabili nel campo esclusivo del diritto privato. Solo a partire dall'opera di Savigny, e dalla critica di questi al giusnaturalismo settecentesco, è infatti possibile eliminare del tutto quell'idea di *potere costituente*, che Orlando considera *il male originario* dello Stato liberale costituzionale. Solo recuperando a nuova vita una concezione del diritto come frutto organico della storia, prodotto di rapporti naturali e necessari, che la legge dello Stato può solo riconoscere, solo cioè eliminando del tutto l'idea stessa che il diritto possa essere frutto di volontà politica, si potrà finalmente negare ogni pretesa di superiorità del potere legislativo, evitare la presenza nello Stato liberale di un potere assoluto, appunto il potere legislativo-costituente, che pretende di creare il diritto (51).

Solo così il Governo potrà acquisire stabilità, nel momento in cui riceverà la fiducia, non dai 'creatori' del diritto, dalla fonte stessa del presunto potere costituente, ma semplicemente da un organo dello Stato, che ha lo specifico compito di raccogliere e dichiarare il diritto. Altrimenti — dice Orlando —, invano i liberali tenteranno di distinguersi dalla scuola radicale giacobina,

---

(49) *Ibid.*, p. 357.

(50) *Ibid.*, p. 357, nota 2; e pp. 358 e ss.

(51) *Ibid.*, pp. 375 e ss., e pp. 399-401.

perché in comune con essa avranno sempre « una teoria fondamentale, l'idea di un potere costituente creatore del diritto » (52).

Lo storicismo giuridico di Orlando serve dunque a recidere il legame tra diritto e volontà politica, e dunque a depotenziare il ruolo della Camera elettiva, a favore, in prospettiva, di una maggiore stabilità del Governo e dell'amministrazione. In tal modo, si attribuisce, contro Gneist, fondamento giuridico al Governo di Gabinetto, dunque si rafforza il Governo parlamentare, ma ad una condizione precisa, di poter considerare integralmente giuridico anche l'organo che ha attribuito la fiducia a quel Governo, la stessa Assemblea rappresentativa della volontà popolare. E ciò infine avviene, come abbiamo visto, a condizione di negare all'Assemblea medesima ogni possibilità di creazione del diritto, di precludere definitivamente l'affermazione di un 'potere costituente'.

In altre parole, il sistema costituzionale denominato Governo parlamentare è pienamente giuridico, contro i suoi detrattori, come Gneist, solo se la Camera elettiva può essere immaginata come un asettico luogo di dichiarazione del diritto, un'assemblea dei cittadini più capaci, designati per il tramite delle elezioni; solo se quella Camera non è chiamata a creare il diritto, cioè a scegliere mediando tra distinti e contrastanti interessi esistenti al proprio interno (53). Così, Orlando, per giungere all'affermazione della natura 'giuridica' del Governo parlamentare, paga consapevolmente un prezzo altissimo: esclude dalla sua trattazione i partiti politici, quasi esorcizza la figura del Parlamento quale luogo di scontro, di mediazione, di scelta, di determinazione dell'indirizzo politico del Governo, a partire da una condizione di sostanziale pluralità politico-sociale riflessa nelle istituzioni.

---

(52) *Ibid.*, p. 399.

(53) *Ibid.*, pp. 408-410, uniche pagine del saggio di Orlando nelle quali la Camera appare, non tanto nella veste consueta di organo competente a 'dichiarare' il diritto, quanto nella dimensione di soggetto rappresentante gli interessi sociali. Tuttavia, questo tardivo recupero di 'politicalità' a favore della Camera appare, in queste medesime pagine di Orlando, del tutto strumentale: si tratta qui infatti più che altro di mettere in rilievo, per contrasto, come la piena 'giuridicità' del Gabinetto derivi in ultima analisi dalla sanzione regia, comunque si concepiscano la natura e le attribuzioni della Camera elettiva.

Proprio questo prezzo Arcoleo non intenderà mai pagare, in nome dell'astratta coerenza interiore dello Stato giuridico orlandiano. Egli è certamente tra quei liberali che Orlando, come abbiamo visto, rimproverava per la loro incapacità a distinguersi nettamente dalla cultura politico-giuridica radicale; tra coloro che continuavano ad ammettere l'esistenza di un potere costituente, di una dinamica delle istituzioni proiettata continuamente verso nuove scelte di ordine costituzionale.

È appunto questa la via che Arcoleo consapevolmente intendeva seguire. In tutta la sua opera scientifica, egli considerò sempre lo Statuto con un limite non valicabile in direzione del passato, ma contemporaneamente anche come una linea dalla quale partire in avanti, per costruire, al di là dello Statuto medesimo, la Costituzione dello Stato liberale, alla ricerca di un sostanziale ordine costituzionale capace di determinare, e continuamente alimentare, la vita delle istituzioni. Ed anche qui si deve per inciso ricordare un'altra pagina di Orlando, critica nei confronti di chi, come Arcoleo, propugnava l'introduzione di meccanismi di garanzia della inviolabilità di quell'ordine <sup>(54)</sup>.

Le differenze tra Arcoleo ed Orlando non sono certo le stesse che abbiamo già trovato nei confronti di altri pubblicisti italiani del tempo; ed anzi Orlando adopera volutamente accenti di chiara critica di certi eccessi in senso autoritario della dottrina tedesca <sup>(55)</sup>. Ciò che separa i due giuristi è piuttosto il fatto che Arcoleo non intende sacrificare alle esigenze di giuridificazione la netta

---

<sup>(54)</sup> *Ibid.*, p. 411. Orlando critica esplicitamente chi vorrebbe affidare la tutela di un presunto « diritto superiore » ad un « magistrato speciale », ed indica, in alternativa, la prospettiva — che definirei tradizionale — di un effettivo ordine istituzionale della società come autentico limite all'esercizio del potere pubblico-statale. Sulla stessa problematica, cfr. anche: V. E. ORLANDO, *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Torino, 1885; e soprattutto Id., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. V, Torino, 1890, dove è del tutto chiara la ripulsa di ogni tipo di ' sindacato costituzionale ', che per Orlando si troverebbe privo di fondamento, non esistendo « una funzione costituente diversa da quella legislativa » (id., p. 951), e soprattutto non esistendo alcun criterio giuridico atto a stabilire « il momento in cui un diritto pubblico diventa costituzionale (ammesso sempre che ciò sia possibile) » (id., p. 954).

<sup>(55)</sup> *Ibid.*, p. 359.

e spregiudicata ricognizione dei conflitti in atto, della dimensione necessariamente politica dello stesso Parlamento, del contributo che dagli stessi partiti politici può derivare alla progettazione costituzionale dello Stato liberale.

A conclusione del primo capitolo del suo saggio del 1881, Arcoleo, pur dopo aver riconosciuto che il problema del presente è quello della instabilità delle istituzioni, pur dopo aver duramente polemizzato contro le dottrine francesi e l'onnipotenza delle maggioranze, e dopo aver ricordato in proposito anche quanto possano essere decisivi i contributi della nuova scienza giuridica tedesca, mantiene fermo in realtà il ruolo dei partiti politici nel Governo parlamentare, un ruolo che deve essere ridimensionato ma non cancellato <sup>(56)</sup>. Lo sforzo è quello di « conciliare due termini sovente opposti, il rispetto della legge, l'influenza dei partiti »; ed ancora: « La doppia origine del Gabinetto gli dà una duplice serie di rapporti; giuridici con la Legge, coi Diritti fondamentali, con lo Stato; politici con le Assemblee e i partiti. Limite giuridico al Gabinetto è il rispetto delle competenze nell'Amministrazione, delle libertà nella Polizia, delle norme legislative nei Decreti e Regolamenti. Limite politico, la tendenza del partito che rappresenta, la responsabilità di tutti i suoi atti innanzi al Parlamento » <sup>(57)</sup>. Il diritto costituzionale di Arcoleo è dunque fatto anche di indirizzi, di tendenze, di decisioni: il suo Governo parlamentare non è, come quello di Orlando, un governo senza partiti. E lo stesso 'modello inglese' non è a sua volta modello di 'Stato giuridico' integrale; rappresenta invece il ragionevole tentativo di mediare « tra le necessità politiche del partito e le necessità giuridiche dell'Amministrazione » <sup>(58)</sup>.

L'amministrazione deve dunque essere difesa dalle ingerenze della politica e dei partiti, in linea con una fetta consistente della pubblicistica del tempo <sup>(59)</sup>, ma non fino al punto da essere riproposta, essa medesima, come 'essenza vera' dello Stato, al di là, e contro, le deprecate mediazioni politico-parlamentari. La cri-

---

<sup>(56)</sup> G. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, cit., pp. 56 e ss.

<sup>(57)</sup> *Ibid.*, pp. 57-58.

<sup>(58)</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>(59)</sup> *Ibid.*, pp. 64 e ss.; ed anche le pp. 189-207, di nuovo sui partiti politici.

tica sul punto da parte di Arcoleo è assai decisa, e coincide con la critica al 'modello Germania': qui «l'essenza dello Stato è nel Potere esecutivo, rispetto al quale la Corona ha non solo, come in Inghilterra, influenza, ma potenza. La ragione di Stato prevale alla ragione del popolo: nei casi ordinari si circonda delle forme della Rappresentanza, nei straordinari se ne fa a meno e si fa valere per sé» <sup>(60)</sup>.

Qui l'accusa di Orlando ad Arcoleo, di muoversi in una sfera politica incapace di differenziarsi dagli eccessi della scuola radicale, sembra ribaltata, e la tendenza orlandiana non trova spazio, nello schema di Arcoleo, per differenziarsi a sufficienza dalle soluzioni autoritarie tedesche: infatti, una volta immaginato il Parlamento come astratto luogo di discussione tra i cittadini capaci, come resistere alla tentazione di spostare il cuore delle istituzioni nella burocrazia, ancor più al riparo dagli influssi perturbatori della politica? In altre parole, lo schema orlandiano di giuridificazione delle istituzioni può costituire per Arcoleo il tramite per l'affermazione di uno Stato burocratico autoritario, per lo sgretolamento dei poteri del Parlamento; ed ecco dunque che nella sua opera diritto e politica sono tra loro in un rapporto esplicito di continuo conflitto e di continua integrazione, senza che il diritto pretenda di divenire l'unico metro di giudizio e di organizzazione delle istituzioni dello Stato liberale, il fondamento stesso, ed esclusivo, del governo parlamentare.

E così come diritto e politica stanno tra loro in un rapporto bipolare aperto e dinamico, così anche Stato e costituzione, contenuti della normazione positiva e principii costituzionali, stanno tra loro in un rapporto simile. Intendo dire che Arcoleo mantenne sempre ferma l'idea di una Costituzione che lo Stato liberale era chiamato a realizzare, alla quale doveva progressivamente uniformare la sua azione. È il «concetto di legge incostituzionale» <sup>(61)</sup>, che Arcoleo pone al centro di molte sue pagine, in continuità con tutti gli altri saggi giovanili degli anni Ottanta.

Inserimento dei partiti politici nel diritto costituzionale, difesa attiva del ruolo del Parlamento, ricerca di principii giuridici

<sup>(60)</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>(61)</sup> *Ibid.*, p. 128, ed anche p. 104.

vincolanti: tutti elementi centrali nell'opera di Arcoleo, che troviamo invece troppo spesso assenti nella pubblicistica della sua età, negli scritti di giuristi ed uomini politici preoccupati a senso unico della stabilità delle istituzioni, quasi ossessionati dalla paura del crollo, e dunque impegnati solo a difendere la cittadella della statualità tardo-liberale, non ad espandere la costituzione dello Stato liberale.

Certo, Arcoleo non fu mai per un attimo vicino a posizioni di fondo radicali, o anche solo liberal-democratiche, ma, all'interno del grande corso del liberalismo moderato italiano, fu sempre particolarmente attento al problema del consenso, della vitalità delle istituzioni politiche in rapporto ai mutamenti della società civile. Osteggiò sempre il suffragio universale <sup>(62)</sup>, ma fino dalla prima estensione del suffragio amministrativo, e fino ai suoi equilibrati tentativi di riforma del Senato in senso elettivo nel 1910-1911 <sup>(63)</sup>, non condivise mai, in egual misura, le preoccupazioni

---

<sup>(62)</sup> G. ARCOLEO, *Pregiudizi elettorali*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche*, Napoli, 42 (1913), pp. 143-154; ID., *Riforma della legge elettorale politica*, Discorso pronunciato al Senato del Regno nella tornata del 24 giugno 1912, Roma, 1912 anche in *Aspetti della politica liberale (1881-1922)*. *Discorsi parlamentari pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati*, Roma, 1974, vol. I, pp. 81-101.

<sup>(63)</sup> G. ARCOLEO, *Discorso* pronunciato alla Camera dei Deputati nella tornata del 9 luglio 1888 (in sede di discussione generale sul disegno di legge 'Modificazioni alla legge comunale e provinciale'), in *Aspetti della politica liberale*, cit., vol. I, pp. 229-240. Per quanto riguarda le proposte di riforma del Senato, cfr. G. ARCOLEO, *Sugli intendimenti del Governo circa le riforme politiche che riguardano la costituzione dei due rami del Parlamento*, discorso pronunciato al Senato del Regno nella tornata del 6 maggio 1910, in *Aspetti della politica liberale*, cit., pp. 365-372; ID., *Per la riforma del Senato. Relazione per la Commissione senatoria*, ora in ID., *Opere*, cit., vol. III, pp. 441 e ss.; ID., *Discorso* pronunciato al Senato del Regno nella tornata del 12 febbraio 1911, in *Aspetti della politica liberale*, cit., pp. 375-393. Anche per quanto riguarda la problematica del Senato, è possibile reperire un precedente giovanile nell'opera di Arcoleo: G. ARCOLEO, *Sul Senato moderno. Appunti*, Napoli, 1877. Tale saggio, che da molteplici testimonianze risulta effettivamente pubblicato, è tuttavia oggi praticamente irripetibile. La circostanza stessa della sua pubblicazione dimostra tuttavia che Arcoleo era pienamente inserito in quel dibattito sulla riforma del Senato che si aprì appunto già negli anni Settanta del secolo scorso. Si tratta di un dibattito di grande interesse, ed ancora tutto da ricostruire sul piano storiografico. Non è certo possibile qui avviare un discorso in questa direzione, anche solo a livello di

dei conservatori nei confronti di un progressivo allargamento del corpo elettorale.

In definitiva, la critica storiografica ha il compito di rileggere l'opera di un giurista come Arcoleo come testimonianza di una pluralità di tendenze alla fine del secolo scorso in Italia, di un dibattito sulle istituzioni ricco ed articolato, dove tentativi d'involuzione in senso autoritario si mischiavano con severe critiche alle tradizioni del costituzionalismo liberale europeo, ma anche con difese sincere ed appassionante delle istituzioni parlamentari, e soprattutto della loro capacità di essere elementi propulsivi e dinamici in un momento d'intesa trasformazione della società italiana.

### 3. *Verso il nuovo secolo: legislazione sociale, diritto amministrativo e diritto costituzionale. Le proposte di Arcoleo.*

La chiave complessiva di lettura, sopra proposta per i saggi di Arcoleo degli anni Ottanta, non deve essere mutata — con le particolarità che vedremo — spostando la nostra analisi sull'opera principale e più nota del giurista siciliano, quel *Diritto costituzionale*, al quale più volte già abbiamo fatto riferimento. Si tratta della sintesi di tutto il lavoro costituzionalistico di Arcoleo, non solo in senso ideale, ma anche perché materialmente il *Diritto costituzionale* rappresenta la risistemazione dei saggi giovanili del nostro giurista, in un rapporto, a volte anche testuale, di spiccatissima continuità <sup>(64)</sup>.

---

prime indicazioni bibliografiche. Si può tuttavia affermare, per quanto riguarda Arcoleo, e sulla base dei testi degli anni 1910-1911, sopra citati, che il tipo di collocazione del nostro giurista in questo ambito di progettazione istituzionale conferma la sua appartenenza ad un filone di liberalismo moderato favorevole ad una progressiva estensione della elettività del Senato, attraverso un sistema di categorie economiche, costruito in modo tale da promuovere una decisa rivitalizzazione dell'istituto della rappresentanza politica in seno allo Stato liberale, al di fuori di ogni suggestione precorritrice di quelle ipotesi corporativistiche, che saranno proprie del periodo fascista. La proposta di riforma del Senato in senso elettivo è ripresa in G. ARCOLEO, *Opere*, vol. III, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 291 e ss.

<sup>(64)</sup> Cfr. *supra*, note 7 e 20. A quanto già detto sul legame stretto tra *Appunti di diritto costituzionale* del 1888 ed opera della maturità, si deve aggiungere

Questo non significa che l'opera della maturità non ci dica niente di nuovo. È anzi certamente di grande interesse il lavoro di ricucitura che Arcoleo compie, non solo tra i testi degli anni Ottanta, ma anche tra i materiali teorici contenuti in quei testi e le nuove realtà maturate a cavallo tra i due secoli.

Accade così che un'affermazione già contenuta nel discorso napoletano del 1884 su *Diritto e politica*: « Lo Stato è termine medio tra il diritto e la politica, perché comprende le basi fondamentali fissate dalle costituzioni e risponde agli imperiosi bisogni che sente il paese », costituisca in Arcoleo il presupposto per una analisi del nuovo fenomeno della legislazione sociale, intesa appunto quale risposta delle istituzioni ai bisogni del paese <sup>(65)</sup>.

Tale nuovo fenomeno non può per il nostro giurista essere racchiuso nella vecchia formula del 'socialismo di Stato'. La trasformazione è più profonda, ed attiene al fatto che « la giustizia » sta divenendo « il vero fondamento dello Stato »; dunque, la legislazione sociale non si aggiunge in modo indolore al vecchio nucleo 'giuridico' della normazione dello Stato liberale: è piuttosto essa medesima una nuova « necessità giuridica » <sup>(66)</sup>. Le pagine di Arcoleo sono qui percorse da una grande tensione verso le problematiche della 'politica sociale', verso la ricerca di strumenti nuovi, di più ravvicinata conoscenza di una realtà in continuo movimento <sup>(67)</sup>.

---

che un'altra parte consistente del *Diritto costituzionale* di Arcoleo è direttamente derivata, anche in modo letterale, dagli altri saggi di diritto costituzionale degli anni Ottanta, che già conosciamo (bilancio, Governo di Gabinetto, inchieste). In particolare, da tali saggi vengono estratti brani di notevole ampiezza che, riuniti da Arcoleo, vanno a costituire una fetta rilevante della 'parte speciale' del *Diritto costituzionale* (pp. 330-404).

<sup>(65)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto e politica*, cit., p. 15 (in estratto), in ID., *Diritto costituzionale*, cit., p. 11. Cfr. *supra* nota 21, per la rifusione del discorso napoletano del 1884, nel testo della maturità. Esso occupa, opportunamente rielaborato, le pagine 1-20 del *Diritto costituzionale*, cioè quasi l'intero *Proemio*, che viene poi significativamente completato (pp. 20-27) con brani tratti da G. Arcoleo, *Forme politiche e riforme sociali*, Napoli, 1901, pp. 15 e ss.

<sup>(66)</sup> G. ARCOLEO, *Forme politiche e riforme sociali*, cit., p. 16, in ID., *Diritto costituzionale*, cit., p. 22.

<sup>(67)</sup> G. ARCOLEO, *Forme politiche e riforme sociali*, cit., pp. 19-23, in ID., *Diritto costituzionale*, cit., pp. 24-26. Questo il programma di 'politica sociale'

Del resto, quasi tutti i saggi del nostro giurista pubblicati all'inizio del secolo sono percorsi da questa nuova consapevolezza, quelli direttamente dedicati ai problemi del mutamento sociale <sup>(68)</sup>, ma anche quelli in apparenza più lontani da queste tematiche.

---

di Arcoleo: « emancipare e favorire la piccola proprietà, sorvegliare traffici e trasporti, rompere monopoli, modificare patti agrari, escludere i deboli per sesso e per età dal lavoro, ripartire meglio ed alleggerire gli oneri fiscali col criterio di vera proporzione, attribuire agli enti locali gli oneri di beneficenza, d'igiene, d'istruzione, favorire i consumi popolari, i tenui affitti, i metodi di assicurazione, di previdenza e tutte le forme cooperative » (ID., *Forme politiche*, cit., p. 21, in ID., *Diritto costituzionale*, cit., p. 26). Con ciò non si vuol dire che Arcoleo, come altri giuristi del suo tempo non allineati con gli insegnamenti del 'metodo giuridico', fosse pienamente consapevole dei complessi mutamenti che allora si producevano nel rapporto stesso tra decisione politico-statuale e bisogni sociali. Si può anzi in proposito condividere quanto afferma M. GALIZIA, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., circa la genericità delle nozioni di 'popolo' e di 'società' usate da questi giuristi al fine di non ridurre tutto il diritto costituzionale alla teoria dello Stato-apparato (p. 973); e tuttavia non si può non mettere in rilievo una certa specifica disponibilità di giuristi come Arcoleo a confrontare il senso stesso del loro lavoro, sia pratico che teorico, con le novità di fine secolo, come appunto la stessa legislazione sociale. L'incapacità di giungere in proposito ad una sintesi globale deriva in fondo proprio dal rifiuto di una soluzione 'definitiva', che si ricercherà invece, sul versante del 'metodo giuridico', attraverso la progressiva configurazione istituzionale del nuovo Stato amministrativo. In conclusione, torneremo su queste problematiche.

<sup>(68)</sup> Ricordo, tra gli altri, G. ARCOLEO, *Vita politica italiana*, in *La riforma sociale*, VIII (1901), pp. 171 e ss., poi in ID., *Forme vecchie idee nuove*, Bari, 1909, pp. 191 e ss., ed in ID., *Opere*, vol. II, *Uomini e tempi*, cit., pp. 219 e ss.; ID., *Evoluzione politica e sociale in Italia*, discorso letto nell'Università di Londra, il 6 luglio 1906, in occasione del Congresso dell'Istituto Internazionale di Sociologia, in ID., *Opere*, vol. II, cit., pp. 189 e ss. Da segnalare, nel più ampio ambito degli interessi amministrativi e politico-sociali del nostro giurista, il fatto che il nome di Arcoleo ricorre più volte nell'indagine di D. MARUCCO, *Lavoro e previdenza dall'Unità al fascismo. Il consiglio della previdenza dal 1869 al 1923*, Milano, 1984. Non si possono qui discutere le ulteriori implicazioni in questa direzione, che attengono al rapporto del nostro giurista con personaggi come Luigi Luzzatti o Carlo Francesco Ferraris (cfr. *supra*, nota 44), impegnati in progetti di politica amministrativa del tipo di quello analizzato nel volume della Marucco. In particolare, per Ferraris — il problema si porrebbe in termini diversi per Luzzatti —, cfr. C. MOZZARELLI - S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Venezia, 1981, per la prospettiva sollevata della 'scienza dell'amministrazione' come scienza 'generale' della crisi dello Stato e della società liberale tra Otto e Novecento.

Così, discutendo de *Il potere imperiale in Germania* <sup>(69)</sup>, Arcoleo mostra di credere nel progresso economico come fattore di trasformazione delle istituzioni, e prevede — ed auspica — la parlamentarizzazione del 'modello tedesco' come risultato dello stesso processo d'industrializzazione, delle « rapide trasformazioni sociali », un processo che di nuovo avrebbe posto in primo piano, anche in Germania, la rappresentanza politica, la Camera elettiva « come indice delle condizioni ed esigenze del Paese » <sup>(70)</sup>; ed ancora, su tutt'altro terreno, ma di nuovo in un ambito non direttamente economico-sociale, Arcoleo, commentando la legge 14 luglio 1907 recante modificazioni all'ordinamento giudiziario, si preoccupa in particolare dei criteri di esame stabiliti dalla legge per l'ammissione in magistratura, lamentando il fatto che alla preparazione dei giovani giuristi rimanga estranea la « legislazione complementare », che va determinando, « per esigenze sociali, nuove figure giuridiche », e che soprattutto costituisce ormai nella prassi « i nove decimi della coltura di diritto pubblico » <sup>(71)</sup>.

Non si può infine dimenticare, ancora da questo punto di vista, il noto discorso di Arcoleo su Francesco Crispi, del gennaio 1905 <sup>(72)</sup>, dove il carattere di orazione ufficiale non impedisce ad Arcoleo di rivolgere critiche decise a Crispi, che, a suo giudizio, non « avvertì le trasformazioni della vita moderna. Attività sociali, condizioni economiche, gruppi, classi, interessi, tutto vide e co-

<sup>(69)</sup> G. ARCOLEO, *Il potere imperiale in Germania*, memoria letta alla R. Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli nel 1909, in ID., *Opere*, vol. II, cit., pp. 237 e ss.

<sup>(70)</sup> *Ibid.*, pp. 241-248.

<sup>(71)</sup> G. ARCOLEO, *Sulla nuova legge dell'ordinamento giudiziario*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche*, Napoli, 38 (1909), pp. 252 e ss., pp. 256-257 per le frasi citate nel testo.

<sup>(72)</sup> G. ARCOLEO, *Rivoluzionario e uomo di Stato: Crispi*, in ID., *Forme vecchie idee nuove*, cit., pp. 3 e ss., anche in ID., *Opere*, vol. II, pp. 35 e ss., ed in pubblicazione separata, con il titolo *Crispi* (Milano e Palermo, 1905). Si tratta del discorso tenuto da Arcoleo il 12 gennaio 1905, inaugurando il Monumento Nazionale a Crispi. Il discorso di Arcoleo, per quanto brevemente diremo nel testo, può essere utilmente confrontato con l'altro discorso celebrativo, di Vittorio Emanuele Orlando, del 4 ottobre 1923: V. E. ORLANDO, *Francesco Crispi*, in ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, pp. 395 e ss., dove appare ben più intensa l'esaltazione della statualità crispina (p. 405 e pp. 411-412).

strinse nell'orbita politica » (73); ed ancora, lo statista siciliano è criticato per la sua « difesa eccessiva » delle istituzioni, per essersi egli deliberatamente fermato « sulla soglia dei nuovi tempi, quasi ad impedire armato l'ingresso nella vita politica a quanti si agitavano per la conquista del benessere » (74).

La problematica sociale irrompe dunque, all'inizio del nuovo secolo, nelle pagine di diritto costituzionale di Arcoleo. Lo testimoniano anche i saggi raccolti nel volume *Forme vecchie, idee nuove*, del 1909, che gli Editori sommariamente definiscono, nella *Avvertenza*, « saggi di psicologia sociale »; e tra questi soprattutto il discorso pronunciato per l'inaugurazione dell'anno accademico a Napoli, nel 1905, dal titolo *La scienza nella vita sociale* (75).

Qui è tutto un nuovo mondo che si apre allo studio ed all'analisi del giurista di diritto pubblico: « ordinamenti, corpi consulenti, dirigenti, esecutivi, comitati, assemblee », e poi ancora « associazioni, istituti bancari, consessi, Camere di commercio »; e, da parte della classe operaia, « leghe di resistenza o di miglioramento, Camere o borse di lavoro » (76). Nel suo crescente intervento sulla società, qui ricordato nelle sue svariate forme da Arcoleo, lo Stato finisce per creare nuove situazioni, « che sfuggono a figure giuridiche ben definite nel campo civile, commerciale e penale » (77).

Di fronte ai « nuovi istituti giuridici » che si vanno formando, « le scienze morali e politiche possono emulare le sperimentali.

(73) G. ARCOLEO, *Rivoluzionario ed uomo di Stato: Crispi*, in ID., *Forme vecchie idee nuove*, cit., p. 27.

(74) *Ibid.*, p. 37.

(75) G. ARCOLEO, *La scienza nella vita sociale*, discorso pronunciato per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'Università di Napoli, il 27 novembre 1905, Napoli, 1906, in ID., *Forme vecchie idee nuove*, cit., pp. 41 e ss., ed in ID., *Opere*, vol. II, pp. 99 e ss. Si è qui tenuto conto direttamente della prima pubblicazione napoletana del 1907. Tra gli altri saggi raccolti nel volume *Forme vecchie idee nuove*, ai fini che qui più direttamente interessano, si possono ricordare: *Evoluzione* (s.d.), pp. 157 e ss. (anche in ID., *Opere*, vol. II, cit., pp. 169 e ss.); *Alla ricerca di un partito* (s.d.), pp. 219 e ss. (anche in ID., *Opere*, vol. II, cit., pp. 251 e ss.); *Organizziamo lo Stato* (s.d.), pp. 247 e ss. (anche in ID., *Opere*, vol. II, pp. 267 e ss.).

(76) G. ARCOLEO, *La scienza nella vita sociale*, cit., p. 23.

(77) *Ibid.*, pp. 27-28.

... creare istituti di scienze giuridiche e politiche, sociali ed economiche»; e soprattutto i giuristi devono inserirsi in questa nuova fase storica modificando il tradizionale assetto delle scienze e dell'educazione giuridica: quelle scienze « valsero un tempo a mantenere le tradizioni del diritto privato, e qualche volta anche a far sentire ai governi assoluti la ragione civile dei tempi ... oggi il nostro ideale non può limitarsi a creare magistrati, funzionari, avvocati » (78). Vi è qui indubbiamente, in Arcoleo, il rifiuto di una dimensione puramente tecnica del lavoro giuridico, non già in chiave nostalgica, come rimpianto per un sapere globale ormai travolto dai tempi, e dalle obbiettive esigenze di specializzazione, ma come risultato di un acuto senso d'insoddisfazione nei confronti di una certa tecnica, incapace di trasformarsi, di adeguarsi ai nuovi fenomeni sociali, di comprendere in profondo l'irriducibilità di tali fenomeni nelle forme giuridiche consolidate.

Non è però solo l'attenzione alle trasformazioni sociali la caratteristica peculiare dell'opera di Arcoleo nella sua fase conclusiva. Bisogna rifarsi ancora una volta all'opera principale, al *Diritto costituzionale*, per fissare con esattezza le altre linee di sviluppo del pensiero del giurista siciliano.

In primo luogo, è nettissima, ed anche assai acre, la critica di Arcoleo ai tentativi di revisione costituzionale di fine secolo. Se è vero che « nei paesi più sconvolti dalle esagerazioni della sovranità popolare » è necessario « ritemperare il sentimento del diritto », tuttavia rimane fermo per quei paesi il principio per cui « come nel sistema costituzionale è asse fondamentale la potestà prevalente del capo dello Stato, così del parlamentare è cardine invece il parlamento, anzi, a dir proprio, la Camera popolare »; dunque, il ritorno « al sistema prettamente costituzionale ... non è che una vaga ipotesi; e non lo è meno l'imitazione che vorrebbe trarsi dalla Prussia e dallo Impero germanico » (79). Si ha quindi intanto

(78) *Ibid.*, pp. 28-29.

(79) G. ARCOLEO, *Opere*, vol. III, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 112-115. Si tratta di pagine del tutto nuove, non presenti nei saggi degli anni Ottanta, evidentemente maturate nel nostro giurista in aperta reazione a quei progetti di uscita dal Governo parlamentare che, in forme a loro volta assai variegiate, erano maturati in Italia negli ultimi due decenni del secolo scorso. L'altra grande problematica istituzionale — oltre naturalmente ai noti progetti di riforma del Se-

— in continuità con i saggi degli anni Ottanta — la ribadita centralità del Parlamento, la precisa e determinata volontà di salvare la centralità della Camera elettiva nel contesto della crisi di fine secolo <sup>(80)</sup>.

Di ciò è splendida conferma anche tutta la parte del *Diritto costituzionale* dedicata alle *Costituzioni moderne*, del resto già in larga misura presente negli *Appunti* napoletani del 1888, dove il modello anglo-americano di 'diritto comune' è affiancato a quello belga, ed anche allo Statuto italiano, ma esplicitamente inteso quale punto di avvio del processo di parlamentarizzazione in Italia <sup>(81)</sup>, mentre rimane sullo sfondo, e soprattutto isolato, il

nato, sui quali vedi *supra*, nota 63 — sulla quale si sofferma in modo crescente l'attenzione di Arcoleo nell'opera della maturità è quella della centralità della giurisdizione, alla quale dedicheremo le ultime pagine di questo contributo.

<sup>(80)</sup> Le posizioni assunte da Arcoleo nell'ultimo decennio del secolo, sul punto indicato nel testo e su altri, dovrebbero essere chiarite ulteriormente con un'analisi dettagliata dei suoi discorsi parlamentari, che qui non è possibile proporre (cfr. comunque *supra*, nota 23, per uno dei più celebri discorsi del nostro giurista, del 1899). Infine, è da ricordare l'atteggiamento di Arcoleo di fronte al celebre discorso di Spaventa del 4 giugno 1878, di serrata critica a quei decreti del Governo con i quali si dimostrava ormai chiaramente come il potere esecutivo si ritenesse, per lo meno in parte, dotato di un'autonoma *Organisationsgewalt*, autonoma in particolare dalla legge del Parlamento: G. ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, cit., pp. 79 e ss.; ID., *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, cit., pp. 129 e ss.; ID., *Discorsi del deputato Giorgio Arcoleo, relatore del bilancio di pubblica istruzione*, tornate del 7 e 8 giugno 1887, Roma, 1887, p. 27, per il punto che ci interessa. L'episodio al quale Spaventa si riferiva in termini aspramente critici nel suo discorso è quello della soppressione, per semplice decreto, del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, e della costituzione, con il medesimo atto (26 dicembre 1877), del nuovo Ministero del Tesoro. La critica di Spaventa è in parte condivisa da Arcoleo, nei saggi e nei discorsi sopra indicati, ma le oscillazioni in proposito del giurista siciliano — comunque distante da chi sosteneva un'autonoma potestà organizzativa del potere esecutivo — dovrebbero essere analizzate più in profondità. Sull'episodio, e sulle posizioni di Spaventa, cfr. R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 75-76.

<sup>(81)</sup> G. ARCOLEO, *Opere*, vol. III, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 123 e ss. In questa parte è ripresa di nuovo l'idea della Corte suprema (id., pp. 142-143). Torneremo in seguito su questa problematica del giudizio di costituzionalità. Cfr. *supra*, note 41, 42, 43, e la relativa trattazione nel testo circa la proposta di Arcoleo d'istituzione di un'Alta Corte di giustizia: G. ARCOLEO, *Il bilancio*

modello costituzionale tedesco, del resto ampiamente criticato in molte altre parti del volume <sup>(82)</sup>.

Dunque, riassumendo, attenzione continua ai mutamenti sociali, continua vigilanza nei confronti dei tentativi di ritorno al sistema costituzionale puro, centralità del Parlamento e della Camera elettiva. Vi è poi un altro tema dominante nell'opera della maturità di Arcoleo. Si tratta, in una parola, della ferma permanenza del punto di vista della libertà nel cuore del sistema costituzionale.

A ben guardare, tutta la 'parte generale' del *Diritto costituzionale* è infatti orientata dai due poli distinti denominati 'ordinamento della sovranità', ed 'ordinamento della libertà' <sup>(83)</sup>. È questo secondo ordinamento che nello schema di Arcoleo resiste nella sua *autonomia*, impedendo al diritto costituzionale d'isolarsi sull'esclusivo versante giuridico-statuale, di divenire, come in Germania, pura tecnica di sistemazione delle forme di manifestazione della volontà dello Stato sovrano. Ecco dunque quale significato specifico assumono le affermazioni di Arcoleo, che definisce il diritto costituzionale «anello intermedio tra le discipline giuridiche e politiche», riferendosi esso di necessità «al governo libero, rappresentativo, democratico»; e la scienza del diritto costituzionale come «la scienza che studia l'ordinamento della sovranità e della libertà nella forma rappresentativa» <sup>(84)</sup>.

Vi è dunque un insopprimibile contenuto politico — nel senso di non giuridico-statuale — del diritto costituzionale, che attiene al necessario polo della libertà, alle «idee di società, libertà, democrazia, forme di governo, partiti e sindacati» <sup>(85)</sup>: l'ordinamento della libertà di Arcoleo diviene così il concreto tramite per la

---

dello Stato ed il sindacato parlamentare, cit., p. 136, alla lettera riportato in ID., *Diritto costituzionale*, cit., p. 372.

<sup>(82)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 53-54, 61, 68, 71-72, 78: si tratta solo di alcuni brani del volume dove più intensa e chiara che altrove è la critica al modello costituzionale tedesco-prussiano.

<sup>(83)</sup> *Ibid.*, pp. 43 e ss., e pp. 78 e ss., rispettivamente.

<sup>(84)</sup> *Ibid.*, p. 30 (già in ID., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., p. 7).

<sup>(85)</sup> *Ibid.*, p. 30 (già in ID., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., p. 7, ma, significativamente, senza 'partiti e sindacati').

necessaria assunzione dei partiti e dei sindacati nel diritto costituzionale.

Considerazioni simili possono essere svolte per un istituto di grande rilievo come la rappresentanza politica, che non viene mai appiattito da Arcoleo sulla dimensione giuridico-statalistica, cioè sul versante delle 'funzioni' svolte dal corpo elettorale e dagli eletti, in conseguenza di poteri ad essi attribuiti dall'ordinamento statale; e si fonda invece nel nostro giurista, al di là del processo di selezione dei cittadini più capaci, anche sulle « idee, le tendenze, le utilità, gli interessi »<sup>(86)</sup>, che muovono in concreto gli elettori. Torna qui evidentemente ancora una volta in primo piano il costituzionalista che non vuole racchiudere il suo lavoro nei confini esclusivi della dogmatica giuspubblicistica, che vuole porre in rilievo anche la dimensione politica della scelta dei rappresentanti quale frutto di dinamiche volontarie collettive, delle quali protagonisti sono di nuovo le associazioni, i fattori economici, gli interessi, i partiti, i sindacati.

Tutto ciò si riconnette poi a quella struttura dualistica e bipolare che domina tutto il *Diritto costituzionale* di Arcoleo. Sovranità e libertà, ma anche Stato e società, unificazione giuridica e pluralità sociale: ciò che importa è che l'analisi costituzionalistica mantenga distinti i due poli, ciascuno nella sua autonomia, che la tensione tra essi rimanga sempre aperta ed esplicita, che, sul versante della libertà, i diritti dei cittadini non si trasformino mai in funzioni dell'ordinamento pubblico statale.

Il diritto è così per Arcoleo decisamente limite esterno al potere statale, che non possiede alcuna 'natura' statale. Ma è vera allora anche la proposizione inversa: che il potere pubblico non possiede alcuna 'natura' giuridica, e deve perciò essere assunto nelle analisi del costituzionalista nella sua veste autentica di fattore dominativo da contenere, quale effettivo terreno di scontro tra partiti, ideologie, interessi.

Proprio questo elemento teorico di fondo divide Arcoleo dalla nuova scienza giuridica tedesca. La sua ricerca per la sovranità

---

(86) *Ibid.*, p. 204: « Meglio è fissare due caratteri spiccati della rappresentanza: uno politico, l'altro giuridico. Il primo importa una designazione ed è determinato da fattori complessi, come le idee, le tendenze, le utilità, gli interessi; il secondo importa una funzione ed è definito da norme fisse e prestabilite ».

statale di « un sostrato ed una giustificazione nel diritto »<sup>(87)</sup> non lo condurrà mai alla personalità giuridica dello Stato, alla formulazione di una teoria fondata sulla considerazione della sovranità politica come esclusiva estrinsecazione di poteri giuridici. Nei giuristi tedeschi egli vede dunque « un formalismo sistematico, che presuppone lo Stato come un ordinamento esclusivamente giuridico, senza margine alcuno per le attività individuali e sociali »<sup>(88)</sup>, e che spezza perciò, ed interrompe, quella tensione bipolare posta al centro di tutta la sua opera. Di tale pangiuridicismo, Arcoleo critica anche l'uso politico in senso autoritario. Quel tipo di approccio al potere pubblico statale finisce infatti proprio per favorire la prevalenza del potere medesimo sul diritto: in Germania « prevale nel conflitto sul diritto il potere, anzi questo riveste quasi un carattere giuridico. Né poco ha influito l'ausilio prestato dalla maggior parte delle dottrine che intesero a rafforzare il potere esecutivo, prestandogli anche natura e garanzia di diritto »<sup>(89)</sup>.

Non vi può dunque non essere, per Arcoleo, conflitto tra diritto e potere. Quando la teoria giuridica nega il conflitto, ciò significa che si sta preparando una soluzione autoritaria, che il diritto si sta riducendo ad elemento di giustificazione del potere. Ma se quel diritto non può e non deve servire a mascherare il potere, ma deve invece essere dall'esterno limite effettivo ad esso, allora il tema principale del diritto costituzionale non può che essere quello delle garanzie, dei diritti e delle libertà individuali, della giustizia, ordinaria e costituzionale.

Così fu infatti per Arcoleo. È proprio la *giurisdizione* il tema istituzionale dominante nel *Diritto costituzionale*, che più è progredito nel pensiero del nostro giurista, dagli *Appunti* napoletani del 1888 all'opera della maturità<sup>(90)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>(88)</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>(89)</sup> *Ibid.*, p. 68. Tutta questa parte dell'analisi di Arcoleo (note 87, 88 e 89), seppure in forma diversa, si trova già in ID., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., pp. 23 e ss.

<sup>(90)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 410 e ss.; ID., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., pp. 329 e ss.

Ciò avviene proprio nell'età nella quale l'attenzione dei giuristi, soprattutto in Italia ed in Germania, si va invece spostando sul piano del diritto amministrativo, sulla dogmatica degli organi, delle competenze e delle attività dello Stato-persona. Sono gli anni nei quali Otto Mayer in Germania va sistemando la nuova dogmatica del diritto pubblico-amministrativo, ed in Italia Orlando elabora il piano del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, mentre altri giuristi di primo piano, come Santi Romano ed Oreste Ranelletti, lavorano sulla crescente autonomia del diritto amministrativo, sui poteri discrezionali della pubblica amministrazione <sup>(91)</sup>. Afferma in proposito Arcoleo: « In Germania, la nostra scienza (il diritto costituzionale) risentì dell'indirizzo strettamente giuridico e scientifico, e si confuse quasi col diritto amministrativo » <sup>(92)</sup>. È precisamente questo appiattimento del diritto costituzionale sul diritto amministrativo, questo conseguente appiattimento dei diritti individuali e della pluralità politico-sociale sulla sovranità dello Stato-persona, ciò che divide Arcoleo da una tendenza metodologica che si va facendo dominante in quei medesimi anni.

A tale tendenza, Arcoleo contrappone proprio quel modello anglo-americano di 'diritto comune' che abbiamo trovato in molte pagine dei suoi saggi; e, sulla base di esso, la proposta di una necessaria rinnovata centralità del momento giurisdizionale.

---

<sup>(91)</sup> Per quanto riguarda la Germania, per la svolta indicata nel testo, e tutte le sue implicazioni, cfr. M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983-2, pp. 600 e ss.; per l'Italia, nella medesima direzione di ricerca, con attenzione rivolta in modo specifico ad uno dei protagonisti di questa vicenda, cfr. M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, relazione al Convegno su 'I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento', Bologna 8-10 novembre 1984, ora pubblicata negli Atti del Convegno, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986.

<sup>(92)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 38. La frase non si trova in alcun saggio degli anni Ottanta, dove pure già presente era la polemica con il modello costituzionale tedesco. È dunque solo negli ultimi anni del secolo, quando in Germania ed in Italia nasce la teoria dello Stato amministrativo (cfr. *supra*, nota precedente), che in Arcoleo quella polemica assume il senso concreto di opposizione ad un modello fondato sulla preminenza politica ed istituzionale dei soggetti amministrativi pubblici.

Il suo intento è quello di ridurre al minimo l'ambito della discrezionalità amministrativa, di estendere al massimo il dominio della legge e delle competenze giurisdizionali; nel suo pensiero è centrale l'idea che lo Stato debba essere per intero sottoposto al diritto comune.

Niente vi è di più lontano dall'impostazione politica e culturale di Arcoleo di un diritto amministrativo inteso come diritto speciale della pubblica amministrazione. E sotto questo profilo sono egualmente oggetto di critica per il nostro giurista, sia l'esperienza francese napoleonica, che quella tedesca prussiana, come nuclei storici dai quali si è dipartito lo sviluppo di un diritto dei privilegi di parte pubblica, di un diritto violativo dei principii del diritto comune <sup>(93)</sup>. La via del primato della giurisdizione implica invece una logica di parificazione, di eguaglianza tra soggetti pubblici e privati, la riduzione di spazio per un diritto proprio dei primi. Per Arcoleo, infatti « oggi si sente dappertutto questo bisogno, ed è un dovere della nostra scienza insistere sulla necessità di un forte ordinamento giurisdizionale, che valga a proteggere tutti i diritti pubblici, considerando come soggetti eguali gli organi dello Stato e i cittadini » <sup>(94)</sup>.

Ciò ha, prima di tutto, diretta influenza sui rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, ai quali, nella concezione di Arcoleo, devono essere il più possibile applicati gli schemi negoziali privatistici in luogo di quelli pubblicistici degli atti amministrativi imperativi ed unilaterali, con conseguente competenza del giudice ordinario sui conflitti che in tali rapporti possano sorgere. Balza qui in primo piano anche l'attività e l'esperienza di Arcoleo come avvocato. Commentando una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma del 20 giugno 1905, che lo aveva visto difensore degli interessi di privati contro il Ministero degli Interni, Lavori Pubblici e Demanio <sup>(95)</sup>, in materia di sfruttamento delle risorse idriche, Arcoleo lamenta con forza la eccessiva estensione della sfera degli atti d'impero della

---

<sup>(93)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 70-78, e p. 412 per l'equivalenza, nel senso indicato nel testo, tra modello tedesco e francese.

<sup>(94)</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>(95)</sup> G. ARCOLEO, *Gli atti d'impero e l'autorità giudiziaria*, in *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, III (1905), pp. 177-184.

pubblica amministrazione, come tali sottratti alla competenza del giudice ordinario; propone perciò di distinguere più nettamente tra una classe ristretta di atti di governo, insindacabili da parte del giudice ordinario, e la grande massa degli atti di « pura amministrazione », che invece non possono sfuggire a quel medesimo sindacato; ed infine vuole che tutta la delicata materia degli interessi di natura patrimoniale sia come tale rimessa, in sede di conflitto, al giudice ordinario, cioè ritiene che la presenza della pubblica amministrazione di regola non debba premere in senso negativo sulla applicabilità degli schemi negoziali privatistici <sup>(96)</sup>. Arcoleo non è dunque lo studioso insensibile alle esigenze derivanti dalla nuova espansione dell'attività dello Stato, che egli anzi lucidamente vede svilupparsi sul nuovo terreno della attività sociale, della politica sociale, ma teme che tutto ciò si risolva in primato assoluto degli apparati amministrativi pubblici, in una mera e secca estensione della sfera autoritativa pubblicistica, in una sostanziale emarginazione del giudice ordinario e degli strumenti privatistici, a favore di nuovi privilegi di parte pubblica.

Non è escluso che anche questa concreta esperienza di avvocato, che consentiva ad Arcoleo di rilevare puntualmente il grado di trasformazione — per lui di deformazione — del rapporto amministrativo Stato-cittadino, si riversi nelle ultime pagine del *Diritto costituzionale*, dedicate appunto al tema della giurisdizione. Anche in questa sede risulta del tutto trasparente questa esigenza della più ampia sottoponibilità degli atti del potere esecutivo al giudice ordinario, che, nella sua competenza a giudicare sui conflitti tra cittadino e pubblica amministrazione, non può essere limitato dalla presunta superiorità del secondo termine del rapporto: non vi può essere « impedimento nelle varie forme della potestà governativa, perché gli organi che agiscono in suo nome rientrano per le conseguenze dei loro atti nella sfera del diritto comune » <sup>(97)</sup>.

---

<sup>(96)</sup> *Ibid.*, pp. 177-180, p. 181, p. 184, rispettivamente per le tre fondamentali proposizioni di Arcoleo, riportate nel testo.

<sup>(97)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 414. Più avanti, nella stessa pagina, si trova qualche oscillazione nel ragionamento di Arcoleo, che torna a

Alla base di tale alta valutazione della funzione della magistratura, vi è in Arcoleo anche l'idea che essa si collochi di fronte alla legge in una posizione ben diversa da quella del potere esecutivo e dei funzionari amministrativi. Infatti, mentre il « funzionario non esamina, esegue », e lo spazio riservato alle sue attività discrezionali, per quanto ampio possa essere, può in ogni momento essere riassorbito dalla legge, che trova nel campo di azione del regolamento un limite « non di costituzionalità, ma di opportunità », al contrario, il magistrato esprime con la propria potestà uno spazio istituzionale di « indipendenza assoluta », che non può essere invaso dalla legge, ed anzi « la sua potestà integra quella legislativa, in quanto muta la norma in un provvedimento di giustizia » (98).

Ma se la giurisdizione è « vera istituzione », nel senso che in essa si sostanzia una 'materia' costituzionale non disponibile da parte dello stesso legislatore (99), è chiaro allora che l'analisi di Arcoleo trascende ampiamente i confini della semplice puntuale conflittualità tra atti del potere esecutivo e diritti dei cittadini.

Parlare della eguaglianza nel rapporto tra Stato e cittadini, della sottoponibilità al 'diritto comune' dei conflitti d'interesse scaturiti da quel rapporto, significa allora parlare di una norma fondamentale, di una Costituzione, che sovrasta in egual misura entrambi i soggetti del rapporto medesimo, e che si attua progres-

---

preoccuparsi dei « limiti della facoltà d'impero » non più in senso restrittivo, ma come limiti genericamente posti a tutela della pienezza di quella medesima facoltà, e che indicano dunque una zona tendenzialmente sottratta al dominio del diritto comune. Ma, in un giurista come Arcoleo, è più che altro necessario cogliere la grande ispirazione di fondo, che certamente è quella indicata nel testo, della più ampia sottoponibilità degli atti del potere esecutivo al diritto comune.

(98) G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 416.

(99) *Ibid.*, pp. 409-410. Per Arcoleo è evidentemente implicito che invece 'vera istituzione' non è la pubblica amministrazione, nel senso specifico che non vi sono a suo favore limiti costituzionalmente garantiti, invalicabili da parte del legislatore. È significativo il fatto che i giuristi che contribuirono in modo decisivo alla edificazione dello Stato amministrativo, come Santi Romano, fecero di questo punto, della pubblica amministrazione come istituzione autonoma, preesistente alla stessa volontà legislativa, uno dei punti qualificanti delle proprie teorie: cfr. *supra*, nota 91.

sivamente proprio attraverso il primato della giurisdizione, al di là della stessa volontà legislativa: significa, in una parola, tornare nel cuore stesso del progetto di costituzionalizzazione dello Stato liberale di Giorgio Arcoleo.

Dal 'diritto comune' come fondamento della competenza del giudice ordinario, l'analisi del nostro giurista scivola dunque necessariamente su un piano inclinato, che conduce verso il sindacato costituzionale, verso la Corte suprema, nella prospettiva della Corte costituzionale. Proprio in questa direzione deve essere esteso per Arcoleo l'esercizio della funzione giurisdizionale: « Lo stesso potere giudiziario, ravvisato nell'estrinseco suo ordinamento, rimane isterilito nel solo compito di applicare la legge (come pur troppo è fra noi), senza elevarsi, sotto l'aspetto scientifico della sua vera essenza, all'ufficio di interprete e giudice dei rapporti costituzionali (come in Inghilterra e nell'America del Nord) »<sup>(100)</sup>. In definitiva, la centralità della giurisdizione si esprime, non solo nel criterio di eguaglianza tra soggetti pubblici e privati, ma anche nell'esigenza d'individuare con sempre maggiore chiarezza un diritto superiore a tutti i pubblici poteri, una vera Costituzione dello Stato liberale.

Dall'idea di un 'diritto comune' dominante sugli stessi atti del potere esecutivo si passa dunque al più complessivo ideale di una Costituzione che vincola tutti gli atti di normazione dello Stato: « Ché anzi nell'ordinamento di uno Stato libero, non solo le illegalità del potere esecutivo, ma le incostituzionalità del potere legislativo, dovrebbero essere sottoposte ad un organo della potestà giurisdizionale »<sup>(101)</sup>. Il non riconoscimento di un diritto proprio della pubblica amministrazione cammina quindi di pari passo con il riconoscimento di una norma costituzionale che consente di sindacare anche gli atti del potere legislativo, nella prospettiva della Corte costituzionale. Afferma infatti Arcoleo, concludendo il suo *Diritto costituzionale*: « L'Italia ha, con felice

---

<sup>(100)</sup> G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 202. Questa affermazione, posta all'inizio della 'parte speciale', costituisce il presupposto logico per quanto Arcoleo poi sostiene in tutta la parte del volume dedicata alla giurisdizione, ora in esame.

<sup>(101)</sup> *Ibid.*, p. 418.

concorso dei poteri pubblici e delle libertà, sviluppato, anzi trasformato, lo Statuto in una vera costituzione; ha fatto molti passi nel definire ed allargare la sfera giurisdizionale, emancipandola dalla prevalenza dell'amministrazione, a vantaggio del diritto comune » <sup>(102)</sup>.

Si sarà allora definitivamente compreso che questa centralità del 'diritto comune' non è certo suggerita solo dalla volontà di mantenere prevalente l'applicazione del diritto privato ai rapporti tra Stato e cittadini, con la conseguente competenza del giudice ordinario in caso di conflitto, ma anche, e soprattutto, dall'aspirazione, dalla tendenza, a creare, al di là dello Statuto, una Costituzione dello Stato liberale, capace di vincolare, anche per il tramite della giustizia costituzionale, l'esercizio dei poteri pubblici.

È noto che la storia costituzionale del nostro Paese non ha camminato in questa direzione, indicata da Arcoleo. Il giurista siciliano risultò sconfitto prima ancora dell'avvento del regime fascista, dalla tendenza della classe politica liberale dei primi due decenni del secolo ad impostare la soluzione della crisi in chiave di Stato amministrativo, di autonomia degli apparati amministrativi pubblici, di loro ribadita superiorità sui soggetti privati. Sarà conseguentemente sempre più emarginata la prospettiva costituzionale di Arcoleo fondata sul primato del momento giurisdizionale, mentre muterà in modo sempre più evidente la nozione stessa di 'Stato giuridico'. Che tutto questo abbia poi svolto un preciso influsso sulla stessa affermazione del regime fascista, e sul tipo di legame che questo instaurò con le istituzioni dello Stato liberale, è cosa che non può essere qui discussa. Serve solo a ricordare che l'operazione tentata, di togliere un po' di polvere dai libri di Arcoleo, ha un senso che probabilmente trascende l'ambito definito della storia della cultura giuridica.

---

<sup>(102)</sup> *Ibid.*, p. 438.



CARLA FARALLI

## STORIA E DIRITTO NEL PENSIERO DI JOHN DEWEY

1. L'identità tra esperienza e storia rappresenta un motivo di grande rilievo nella fase più matura del pensiero di John Dewey.

L'esperienza costituisce per il filosofo americano l'intera realtà: essa comprende tanto la natura quanto la vita umana, vale a dire l'insieme delle condizioni naturali dell'ambiente in cui l'uomo vive e l'opera umana di reazione all'ambiente e di interpretazione della sua struttura. « L'esperienza — scrive Dewey in *Reconstruction in Philosophy* e, in termini quasi analoghi, ribadisce in *Experience and Nature* e in *Human Nature and Conduct* — è l'interazione tra l'individuo e il suo ambiente, un composto di un subire l'ambiente e d'un reagire ad esso » (1).

Gli eventi di cui l'esperienza è costituita sono tra loro reciprocamente connessi in una sequenza temporale e si trovano in continua interazione gli uni con gli altri, ragione per cui tali eventi costituiscono nella loro successione un processo in costante mutamento dominato dall'incertezza, dalla imprevedibilità, dall'incontrollabilità.

Proprio in quanto temporale e problematica l'esperienza è storia: la storia non contiene infatti per Dewey nessuna struttura eterna ed immutabile e non costituisce lo sviluppo di una realtà assoluta, ma rappresenta una mera successione di eventi tempo-

---

(1) Cfr. J. DEWEY, *Ricostruzione filosofica*, tr. it. a cura di G. De Ruggiero, Bari, Laterza, 1931, p. 106 ed anche *Esperienza e natura*, tr. it. a cura di P. Bairati, Milano, Mursia, 1973, p. 26 e *Natura e condotta dell'uomo. Introduzione alla psicologia sociale*, tr. it. a cura di G. Preti e A. Visalberghi, Firenze, La Nuova Italia, 1958, p. 16.

rali la cui direzione non può mai essere determinata. La storia, in quanto successione di eventi nel tempo, esprime così l'intrinseco carattere temporale e problematico della realtà come esperienza nell'insieme di tutte le sue manifestazioni e di tutti i suoi aspetti <sup>(2)</sup>.

« Quando assimiliamo l'esperienza alla storia — afferma Dewey in *Experience and Nature* — indichiamo che la storia denota insieme le condizioni oggettive, le forze, gli eventi e la registrazione e la valutazione di questi eventi fatte dall'uomo. L'esperienza denota tutto ciò che è sperimentato, tutto ciò che si subisce e si prova ed anche i processi dello sperimentare » <sup>(3)</sup>.

Di fronte alla problematicità della realtà, intesa come esperienza e come storia, l'uomo ha fatto appello a forze magiche e soprannaturali e più tardi alla filosofia, la quale, a sua volta, ha postulato ora il progresso universale ora la razionalità inerente all'universo, mascherando in tal modo la realtà <sup>(4)</sup>. Compito della filosofia è, invece, per Dewey favorire una direzione intelligente della vita umana per far prevalere la stabilità sulla instabilità: « la filosofia si risana quando smette di essere un espediente che serve ai problemi dei filosofi e si fa metodo elaborato dai filosofi che serve a trattare i problemi degli uomini » <sup>(5)</sup>.

La filosofia, in altre parole, deve liberarsi della metafisica, intesa come tutto ciò che è fuori dell'esperienza, come insieme di problemi che non sorgono dall'esperienza e le cui possibili soluzioni stanno al di là dell'esperienza e deve dedicarsi al pro-

<sup>(2)</sup> Sul tema dell'identità tra esperienza e storia si vedano, in particolare, N. ABBAGNANO, *Verso il nuovo illuminismo: John Dewey*, in « Rivista di filosofia », 1948, pp. 313-325 (ripubblicato come introduzione alla traduzione italiana parziale dell'opera di Dewey, *Experience and Nature*, edita, a cura dello stesso Abbagnano, a Torino per i tipi Paravia nel 1948) e *Dewey: esperienza e possibilità*, in « Rivista critica di storia della filosofia », 1951, pp. 5-16 e P. ROSSI, *Storicità e mondo umano in John Dewey*, in « Rivista di filosofia », 1952, pp. 399-419.

<sup>(3)</sup> Cfr. J. DEWEY, *Esperienza e natura*, cit., pp. 4-5.

<sup>(4)</sup> Cfr. J. DEWEY, *La ricerca della certezza. Studio del rapporto tra conoscenza e azione*, a cura di A. Visalberghi, Firenze, La Nuova Italia, 1965, p. 3 ss.

<sup>(5)</sup> Cfr. J. DEWEY, *The Need for a Recovery of Philosophy*, in AA.VV., *Creative Intelligence. Essays in the Pragmatic Attitude*, New York, Henry Holt & Co., 1917, p. 65.

gresso costruttivo della società attraverso l'estensione a tutti gli aspetti della vita umana del metodo scientifico.

Tale metodo si manifesta da un punto di vista negativo come « libertà dalla schiavitù, dall'abitudine, dal pregiudizio, dal dogma, dalle tradizioni supinamente accettate, dal puro egoismo », da un punto di vista positivo come « desiderio di ricercare, di esaminare, di discriminare, di dedurre conclusioni sulla sola base dei fatti, dopo aver compiuto ogni sforzo per raccogliere tutti i dati possibili »; il metodo scientifico è insomma l'atteggiamento rivolto ai problemi posti dalle effettive condizioni storiche ed è una qualità che si manifesta in tutti gli aspetti della vita non solo da parte degli scienziati ma anche dell'uomo qualunque (6).

L'uomo vive sempre in una situazione determinata che occupa una posizione nel tempo ed è il risultato di un processo storico: tutta la vita dell'uomo è storia, nel senso che essa costituisce « un insieme di mutamenti caratterizzati da sviluppo o crescita » i quali hanno luogo nel tempo. Ogni situazione è tale da consentire alla risposta dell'uomo una scelta tra differenti possibilità. L'uomo per Dewey è libero in quanto possiede la capacità di scegliere tra le differenti possibilità che la situazione gli offre nello sforzo di trasformare la situazione esistente in un'altra.

Tale sforzo di trasformazione diventa uno sforzo intelligente di direzione del mondo in conformità agli scopi umani con l'ausilio della logica intesa come teoria della ricerca e dell'indagine, ossia « come trasformazione controllata e diretta di una situazione indeterminata in un'altra che sia determinata nelle relazioni e distinzioni che la costituiscono in modo da convertire gli elementi della situazione originale in una totalità unificata ». La logica, in quanto ha per oggetto l'accertamento delle condizioni che possono garantire il successo di un'azione, ha quindi un valore operativo e strumentale e permette di trasformare uno stato di confusione e di indeterminatezza in qualcosa di più armonioso e ordinato (7).

---

(6) Cfr. J. DEWEY, *L'unità della scienza come problema sociale*, tr. it., in AA. VV., *Neopositivismo e unità della scienza*, Milano, Bompiani, 1973, pp. 37-47.

(7) Cfr. J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, tr. it. a cura di A. Visalberghi, Torino, Einaudi, 1949.

La filosofia di Dewey con il suo richiamo alla realtà concreta e alle effettive esigenze degli uomini ebbe il significato di una battaglia per una visione storica dell'uomo e della sua cultura contro ogni concezione formalistica. Nel 1908 a proposito dell'etica Dewey scrive che per comprendere le ragioni per le quali la morale è quella che è in un dato momento è importante lo studio storico di essa <sup>(8)</sup>. Analogamente Holmes a proposito del diritto aveva sottolineato qualche decennio prima che esso « incorpora la storia dello sviluppo di una nazione lungo il corso di molti secoli e non può essere studiato come se contenesse solo gli assiomi o i corollari di un libro di matematica », ragione per cui la storia deve essere una parte degli studi giuridici perché senza di essa non possiamo conoscere la precisa portata delle norme che in realtà ci interessa conoscere <sup>(9)</sup>.

2. Il programma racchiuso in queste parole di Holmes — che delinea una teoria del diritto antiformalista che considera il diritto nel suo sviluppo storico, negando che esso si evolva secondo uno schema logico formale — appare condiviso anche da Dewey il quale, pur non essendo un filosofo del diritto, compì tuttavia alcune applicazioni del suo metodo al diritto e dedicò ad esso alcuni saggi nei quali, se non è possibile rintracciare una sistematica filosofia del diritto, si trovano osservazioni e indicazioni molto ampie sul fenomeno giuridico — sia per quanto attiene alla formazione delle regole giuridiche sia per quanto attiene alla pratica dei tribunali — che delincono una concezione sufficientemente compiuta ed organica della natura e dei fini del diritto <sup>(10)</sup>.

<sup>(8)</sup> Cfr. J. DEWEY, J. H. TUFTS, *Ethics*, New York, Henry Holt & Co., 1908.

<sup>(9)</sup> Cfr. O. W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1881, p. 1. Sui rapporti Holmes/Dewey si veda M. H. FISCH, *Justice Holmes, the Prediction Theory of Law and Pragmatism*, in « Journal of Philosophy », 1942, pp. 85-97.

<sup>(10)</sup> I principali scritti filosofico-giuridici di DEWEY sono i seguenti: *Anthropology and Law*, in « The Inlander », 1893, pp. 305-308; *Austin's Theory of Sovereignty*, in « Political Science Quarterly », 1894, pp. 31-52; *Nature and Reason in Law*, in « International Journal of Ethics », 1941, pp. 25-32; *Force, Violence and Law*, in « The New Republic », 1916, pp. 295-297; *Force and Coercion*, in « International Journal of Ethics », 1916, pp. 359-367; *Logical Method and Law*, in

Dewey critica tutte quelle teorie che prospettano un diritto ideale: « credere a un diritto separato, ideale o trascendente, praticamente inefficiente è il riflesso — scrive il filosofo americano — dell'incapacità delle istituzioni attuali a compiere il loro ufficio educativo (il loro ufficio di suscitare l'osservazione delle continuità sociali). Tale credenza è un tentativo di rendere razionale questo difetto, ma, al pari di ogni razionalizzazione, agisce distogliendo l'attenzione dalla situazione reale delle cose. Così aiuta a conservare le condizioni che l'hanno prodotto, impedendo ogni sforzo di rendere più umane ed eque le nostre istituzioni ... Il diritto, al pari di ogni altro comportamento umano, è connesso

---

« Philosophical Review », 1924, pp. 560-572; *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, in « Yale Law Journal », 1926, pp. 655-673; *My Philosophy of Law*, in AA.VV., *Credos of Sixteen American Scholars*, Boston, Boston Law Book Co., 1941, pp. 73-85.

La relativa scarsità della produzione filosofico-giuridica di Dewey (si noti tuttavia che il filosofo americano fa parecchi riferimenti al diritto nelle sue opere di etica e di politica) spiega, in parte, lo scarso interesse della critica per questo aspetto del pensiero deweyano. Tra i contributi critici concentrati su questo aspetto si vedano: E. W. PATTERSON, *Dewey's Theories of Legal Reasoning and Valuation*, in AA.VV., *John Dewey Philosopher of Science and Freedom*, Westport, Greenwood Press, 1950, pp. 118-133; *Pragmatism as a Philosophy of Law*, in AA.VV., *The Philosopher of the Common Man. Essays in Honor of John Dewey to Celebrate his Eightieth Birthday*, New York, C. P. Putnam's Sons, 1940; *Jurisprudence. Men and Ideas of Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 1953, pp. 486-500; A. DONOSO, *J. Dewey's Philosophy of Law*, in « University of Detroit Law Journal », 1959, pp. 579-606; J. W. MURPHY, *J. Dewey. A Philosophy of Law for Democracy*, in « Vanderbilt Law Review », 1960, pp. 219-316; W. E. RUMBLE, *American Legal Realism*, Ithaca-New York, Cornell University Press, 1968, *passim*; R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1982, *passim*.

In Italia si vedano: G. BOGNETTI, *Stato e diritto nel pensiero di Dewey*, in « Rivista di filosofia », 1960, pp. 254-261; G. TARELLO, *Norma e giuridificazione nella Logica di Dewey*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1960, pp. 280-292 e *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, *passim*; I. TEBALDESCHI, *Socialità e diritto nel pensiero di John Dewey*, Roma, Editoriale Arte e Storia, 1957; A. TOZZI, *Intorno ad alcune considerazioni di John Dewey sul diritto naturale*, in AA.VV., *Il problema della giustizia. Diritto ed economia. Diritto e politica. Diritto e logica. Atti del V Congresso nazionale di filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, II, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 205-209; C. FARALLI, *Ragione e diritto nel pensiero di J. Dewey*, in « Sociologia del diritto », 1985, 2, pp. 87-97.

con la realtà dell'esistenza non con ideali e fini indipendenti dalla realtà concreta. I fatti da cui dipende sono quelli che sorgono dagli effettivi rapporti degli esseri umani fra di loro e dalle conseguenze delle loro attività le quali si intrecciano le une con le altre » (11).

La filosofia sociale deve pertanto, a parere di Dewey, abbandonare la ricerca del fattore causante — nel caso del diritto individuato di volta in volta nella volontà di Dio, nel concorso di volontà degli individui o nello stato inteso come macroscopica oggettivazione di una volontà o di una ragione trascendente — e fare proprio un metodo basato sull'interdipendenza esistente fra gli atti e i risultati di tali atti. Le leggi relative alla vita sociale sono come leggi di ingegneria: se si vogliono ottenere certi risultati si devono trovare e impiegare certi mezzi. La chiave che permette di capire la situazione consiste nell'avere una chiara concezione delle conseguenze che si vogliono raggiungere e delle tecniche da impiegare per raggiungerle.

La filosofia sociale deve, in altre parole, seguire un percorso analogo alla filosofia naturale che ha progredito regolarmente dopo una rivoluzione intellettuale consistita nella rinuncia a identificare cause e forze per consacrarsi all'analisi di ciò che stava avvenendo e del modo in cui stava avvenendo (12).

Il diritto è per il filosofo americano un fenomeno sociale, sociale nell'origine, nello scopo e nella applicazione, intendendo per sociale ciò che si riferisce alle attività e interattività umane. Esso interagisce con un complesso di altre attività che fanno sì che non possa essere trattato come entità separata ma solo in rapporto alle condizioni sociali in cui nasce e di cui concretamente partecipa.

La fonte ultima del diritto è costituita dai comportamenti degli uomini: gli esseri umani nel tenere alcuni comportamenti formano delle abitudini (*habits*) le quali, incorporate nelle attività reciproche, si precisano come consuetudini (*customs*) che, a

---

(11) Cfr. J. DEWEY, *Natura e condotta dell'uomo*, cit., p. 346.

(12) Cfr. in particolare, J. DEWEY, *Comunità e potere*, tr. it., Firenze, La Nuova Italia, 1971, pp. 29 ss., 154 ss.; *La ricerca della certezza*, cit., pp. 174 ss., 265 ss.

loro volta, costituiscono l'origine del diritto <sup>(13)</sup>. Si noti che Dewey intende per comportamento l'interazione tra gli elementi della natura umana e l'ambiente naturale e sociale e per abitudine quel genere di attività umana che è influenzata da un'attività precedente e in questo senso è acquisita: l'abitudine è cioè un'abilità, un'arte formatasi attraverso la passata esperienza. Ogni abitudine e ogni comportamento nascono dall'interazione delle circostanze che cambiano rapidamente con i bisogni degli uomini che cambiano nel lungo periodo <sup>(14)</sup>.

Molto illuminante per capire questo punto è l'analogia che Dewey compie con la corrente e le rive di un fiume. La corrente può essere paragonata al processo sociale e le sue varie onde, ondine, gorghi agli atti particolari che costituiscono un processo sociale. Le rive sono condizioni stabili e durevoli che limitano e dirigono il corso della corrente paragonabile ai costumi. Ma la stabilità e fissità delle rive, comparata agli elementi della corrente che scorre, è relativa non assoluta: la corrente infatti è un'energia che incide il suo cammino da più alti a più bassi livelli e perciò, vista nel lungo periodo, essa forma e riforma le sue rive.

Analogamente i costumi e le istituzioni sociali sono stabili e duraturi se paragonati agli atti singoli, ma questi e le regole giuridiche che sono la loro formulazione sono relativamente fissi. Le regole del diritto consistono in strutture che canalizzano l'azione: sono forze attive nel senso in cui lo sono gli argini che frenano il corso di un fiume <sup>(15)</sup>.

Tali regole non sono altro che il prodotto storico dei vecchi costumi conservati e modificati dall'azioni della selezione naturale. Ogni istituzione — osserva Dewey — è come l'organo di un animale, si adatta all'ambiente: il vecchio non è mai annullato in un colpo e il nuovo non è mai una creazione dal nulla; ciò che controlla la modificazione è l'utilità dell'istituzione. Quando una

---

<sup>(13)</sup> Cfr., in particolare, J. DEWEY, *My Philosophy of Law*, cit., p. 508 della ristampa in *The Great Legal Philosophers*, a cura di C. Morris, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1959.

<sup>(14)</sup> Per le definizioni di « comportamento » e di « abitudine » si veda J. DEWEY, *Natura e condotta dell'uomo*, cit., pp. 16, 47, 73.

<sup>(15)</sup> Cfr. J. DEWEY, *My Philosophy of Law*, p. 508 della ristampa citata. Lo stesso paragone si trova anche in J. DEWEY, *Comunità e potere*, cit., pp. 41-43.

istituzione o una legge perde valore pratico perde la sua forma e assume una nuova funzione senza alcuna rottura di continuità <sup>(16)</sup>.

Il diritto è dunque visto dal filosofo americano come un processo in atto, comprendente in sè non solo la norma, ma anche la sua applicazione: l'essere concreto e reale del diritto sta nel modo in cui esso opera e nei suoi effetti sulle attività umane in corso di sviluppo. « Senza l'applicazione vi sono pezzi di carta o parole nell'aria, ma niente che meriti il nome di diritto » <sup>(17)</sup>.

All'effettivo operare del diritto Dewey ha dedicato nel 1924 un importante saggio dal titolo *Logical Method and Law* <sup>(18)</sup>. In tale saggio è fatta applicazione al diritto della logica che, come si è visto, nell'impostazione deweyana, non è altro che la teoria delle procedure seguite per conseguire decisioni ragionate o razionali. Dewey contrappone, infatti, le decisioni che sono frutto di intuizione e di istinto a quelle che sono il risultato di una ricerca, del confronto di più alternative, della valutazione dei fatti e a queste ultime dà il nome di decisioni ragionate o razionali. Tali decisioni dovranno poi passare il vaglio dell'esperienza successiva che dovrà mostrare se sono state le migliori che avrebbero potuto essere prese in quella determinata situazione.

Dewey critica la concezione tradizionale che fonda il ragionamento giuridico sul sillogismo: esso implica che per ogni caso possibile esista una regola antecedente, fissa, immutabile e postula che pensiero e ragione abbiano forme costanti proprie, anteriori e indipendenti dai casi concreti, e alle quali questi ultimi devono adattarsi. Una logica siffatta dovrà essere soppiantata dalla nuova logica, cioè da un metodo che permetta di prendere decisioni intelligenti, decisioni razionali, in vista dell'interesse pubblico.

Dewey fa notare che gli uomini, in generale, non cominciano a pensare partendo da delle premesse, ma hanno che fare con casi complicati e complessi che ammettono modi alternativi di

<sup>(16)</sup> Cfr. J. DEWEY, *Anthropology and Law*, cit.

<sup>(17)</sup> Cfr. J. DEWEY, *My Philosophy of Law*, p. 508 della ristampa citata.

<sup>(18)</sup> Sull'importanza di questo saggio di Dewey si veda J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Coward-McCann Inc., 1949, p. 337: « It is of interest that the best available description of the logical method employed by judges is from the pen not of a lawyer but of a psychologist ».

trattamento e di soluzione. Da un primo esame del caso emerge, sia pure vagamente, una soluzione che viene poi sviluppata mediante il ragionamento. In un secondo momento si cercano principi e dati che possano convalidare l'ipotesi iniziale o condurre a una conclusione alternativa.

Analogamente un avvocato, quando gli si presenta un cliente, dopo aver esaminato il caso, prefigura una conclusione che intende raggiungere, poi analizza i fatti del caso per trovare materiale su cui costruire un rapporto di fatti e arrivare così ad una sorta di premessa minore. Nello stesso tempo passa in rassegna altri casi per trovare le regole di diritto impiegate in casi simili e alla luce di queste può mutare la sua prospettiva, enfatizzare o meno certi aspetti.

L'esame del modo di procedere di un avvocato dimostra, a parere di Dewey, che il pensiero scaturisce nella realtà dei fatti da una situazione più o meno confusa, vaga e ambigua rispetto alle conclusioni che indica, e che la formazione di entrambe le premesse, maggiore e minore, procede per tentativi e approssimazioni nel corso dell'analisi di quel caso e delle regole precedenti, le quali ultime non solo non possono prevedere tutte le possibilità, ma non sono mai al passo con la varietà del mutamento sociale. Esse non sono altro che strumenti, mezzi di indagine intellettuale dei fattori della situazione in esame e devono essere modificate se applicate a un caso nuovo o se si vogliono raggiungere risultati diversi.

Pretendere che le regole siano pronte a portata di mano, per essere applicate così come sono in un sillogismo, è pretendere una certezza e una regolarità che non esiste nella realtà. La logica del sillogismo, che è logica relativa agli antecedenti, consacra il vecchio — scrive Dewey — e allarga il solco tra le condizioni sociali e le regole usate dalle corti che, se irrigidite in premesse assolute e fisse, divengono inutili e di ostacolo per solide riforme sociali.

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.



*Lecture*



Nicole ARNAUD-DUC, *Droit, mentalité et changement social en Provence occidentale. Une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial, de 1785 à 1855*, Aix-en-Provence, Edisud, 1985, 352 p.

Nicole ARNAUD-DUC offre avec *Droit, Mentalité et Changement social en Provence occidentale* un ouvrage dense qui illustre opportunément la nécessaire convergence des approches d'histoire sociale et d'histoire juridique dans l'étude des modes familiaux de reproduction sociale. Entre 1785 et 1855, dans la région d'Aix-en-Provence, l'auteur met en scène trois dimensions de la réalité sociale sur lesquelles les traditions académiques n'ont pourtant pas encouragé l'unité du regard: flux économiques, cycles familiaux et cadres juridiques. L'école monographique n'ignore certes pas de semblables conjugaisons pour telle ou telle société locale. L'originalité et sans doute la force de l'étude présente réside en revanche dans le souci de situer chacun de ces paramètres dans la sphère, si complexe soit-elle, où il prend toute sa cohérence.

Ainsi la compréhension des comportements homogames et de leur forme juridique selon la place des individus dans l'organisation de la production passe-t-elle par une peinture des « structures socio-professionnelles » précise et modulée selon les régions composant la zone étudiée (ville d'Aix, Gardanne, Martigues). La sociologie de la formation des couples est solidement éclairée d'une lecture démographique. Les caractéristiques les plus sensibles — l'âge des conjoints au premier mariage, le degré d'imbrication de l'individu à marier dans sa cellule familiale d'origine, son inscription dans la logique géographique d'un « pays » — sont finement situées en amont de la détermination finale en faveur d'un régime matrimonial. Enfin, le droit y est considéré, non comme il est devenu de tradition dans certains travaux, comme un carcan imposé et l'image fautive d'une vie sociale dont la vérité ne serait que « pratique », mais dans son complexe polymorphisme. La condition juridique du mariage, à lire N. ARNAUD-DUC, c'est l'ancien droit appliqué en Provence et ce qu'il en reste, le droit nouveau et ce qui en est su et reçu, c'est aussi le réseau touffu des notaires qui fonctionnent comme de véritables *tricksters*, les authentiques intermédiaires entre deux mondes et leurs langages, intermédiaires actifs, retenteurs et propagateurs de modèles de comportement; c'est enfin ce que les sujets du droit en pensent et ce qu'ils en font.

Ce livre riche intervient, soulignons-le, dans une variété de questions importantes dont l'évolution du statut de la femme n'est certes pas la moindre. L'ethnologie provençale et l'histoire sociale en tireront un utile profit. Il interroge les schémas acquis d'une inadaptation aux régions méridionales des dispositions familiales du Code civil à la lumière des comportements exercés à l'égard des contrats de mariage: la communauté était acceptée dans ce pays de droit écrit avant la Révolution et le régime légal ou du moins le mariage sans contrat y furent reçus durant la première moitié du XIXe siècle. Dans la pluralité des facteurs expliquant l'option pour le régime dotal ou son rejet, les mutations économiques et les phénomènes de conjoncture se taillent la large part. Relais obligés de la condition des ménages, les notaires ne sont pas neutres. Leurs « constructions » représentent la règle effective pour qui se marie et adhère à un statut préparé sur mesures. Plus tard, enfin, ils deviendront les agents de la transition juridique en décourageant les partisans du régime dotal.

C'est pour nous dans la préoccupation méthodologique d'intégrer chaque niveau de l'ensemble social étudié, chacun des aspects concourant à dessiner le phénomène matrimonial en Provence de 1785 à 1855, un questionnement plus large sur la prise en compte par le droit d'une interaction sociale apparemment élémentaire que l'ouvrage trouve sa perspective la plus novatrice. De l'introduction à la conclusion, l'auteur se demande en somme: qu'en est-il de la qualification juridique du rapport entre époux? C'est donc à une réflexion sur le sens de la relation entre le droit et l'objet du droit qu'elle nous convie à travers l'examen d'une somme considérable de matériaux empiriques. « Les comportements que nous venons d'analyser, explique N. ARNAUD-DUC, sont révélateurs d'une mentalité plus générale, où l'on persuade les gens de leur incapacité à comprendre le « juridique », qui revient ainsi de droit aux techniciens et aux procéduriers, favorisant la création d'une atmosphère de crainte révérentielle face à ceux qui « comprennent » et connaissent la règle du jeu » (p. 300). Et d'un autre côté, poursuit l'auteur, « ne doit-on pas voir aussi, sous la pression psychologique de la famille et des notaires, « un système juridique aux prises avec l'ombre d'un autre »? Alors se profile comme un droit différent, une « mosaïque de droit », née du degré d'attraction ou de répulsion d'une population pour un comportement juridique » (p. 301).

Une césure existe entre ceux qui font et savent les règles de droit et ceux qui les subissent. L'idée en est fort ancienne. Ici, à travers les « stratégies notariales » mises en oeuvre pour concrétiser d'une façon ou d'une autre le passage à l'état matrimonial, c'est en définitive le statut culturel du mariage qui est en cause. La lecture qu'en opère le droit est proposée, jamais imposable, à une société locale traversée par ses hiérarchies, pétrie d'une histoire propre qui la reçoit comme l'une des modalités envisageables pour satisfaire une obliga-

tion d'exogamie dont elle n'a cessé d'actualiser la résolution par ce qu'il est convenu d'appeler « tradition ».

Avec une grande rigueur de raisonnement et une maîtrise éprouvée de la physionomie historico-culturelle de la Provence occidentale à l'époque étudiée, N. ARNAUD-DUC donne une mesure aigüe de la pluralité des facteurs qu'il est nécessaire de confronter pour accéder à la notion juste d'un phénomène d'interface comme le mariage. De cette étroite imbrication des différentes logiques sociales avec la logique juridique, nul, c'est une leçon de cet ouvrage, ne peut faire l'économie à peine de faire plus d'état, comme le disait Guy Coquille de la science des docteurs, de l'ombre que du corps.

LOUIS ASSIER-ANDRIEU

Paolo CAPPELLINI, *Systema iuris*, I: *Genesi del sistema e nascita della scienza delle pandette*, II: *Dal sistema alla teoria generale* (Biblioteca « Per la storia del pensiero giuridico moderno », Vols. 17, 19), Milano, Giuffrè Editore, 1984, 1985, pp. XI, 637, XII, 412.

1. Das Anliegen der breit angelegten Untersuchung von P. Cappellini, inzwischen Ordinarius für Storia del Diritto in Ferrara, ist die vollständige Rekonstruktion der Geschichte des wissenschaftlichen Denkens oder genauer der literarischen Diskussion über das wissenschaftliche Denken in der Rechtsentwicklung des 18. und 19. Jahrhunderts. Dabei ist der Begriff der Wissenschaftlichkeit des Rechtsdenkens aufs Engste verknüpft mit den Begriffen « Geschichte » und « System ». Wenn der Autor zitiert « Rechtswissenschaft ist entweder systematisch oder sie ist gar nicht » (H. J. Wolff), so könnte er ebenso gut sagen: « Entweder historisch oder gar nicht ».

Gedacht war das Ganze zunächst als Vorbereitung einer Untersuchung der Rezeption der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jh. in Italien im letzten Viertel des vergangenen Jahrhunderts, die wiederum als unverzichtbare Voraussetzung einer genaueren Analyse der postunitarischen italienischen Rechtswissenschaft angesehen wird. Mit Recht hat sich dann aber wohl bei der Arbeit am Thema die historische Vorarbeit verselbständigt — das allerdings nicht nur aus historischen Gründen. Sondern offensichtlich auch deswegen, weil der Autor bei seinen Forschungen nicht nur auf die Geschichte gestoßen ist, sondern — so scheint er selbst die Sache zu sehen — auf die Genese grundlegender und unverzichtbarer Einsichten in die Aufgaben des Rechts und damit eben auch der Rechtswissenschaft schlechthin.

Der Begriff « System » ist somit für Cappellini im Grunde nur Kunstgriff, der Hebel (leva), der es ihm erlaubt, prinzipielle Einsichten

über die « *teoria generale del diritto* » in einem Entwicklungszusammenhang darzustellen. Einer der Schlüsselsätze des Buches ist somit (I, 20): « Vom System zu einer allgemeinen Theorie des Rechts, also: keine aufsteigende und kontinuierliche Linie, sondern eine Reise bis zum Punkt der eigenen Auflösung ». So endet das große Werk denn auch mit dem Kapitel « *Verso la teoria generale* ». Und von diesem Endpunkt aus betrachtet hat C. schließlich ein Gesamtbild der Evolution der Rechtswissenschaft im Zeitalter des Aufstiegs der bürgerlichen Gesellschaft vor dem Leser entworfen.

Da der Weg dorthin, wenn es überhaupt einen solchen gibt, nicht mit der Notwendigkeit biologischer Evolution, die das Falsche ausscheidet und das Richtige durch Überleben und Weiterwirkenlassen prämiert, gradlinig verlaufen ist, hat der Verfasser nicht nur eine immer mehr zum eigentlichen Thema kommende Diskussion auf ihrem immer deutlicher werdenden Weg zu verfolgen, sondern er muß eine unübersehbar große Schar von Denkern und Schreibern zu Worte kommen lassen, um eine Gesamtschau aller wichtigen Gedanken zu präsentieren. Dabei unterschlägt der Autor dem Leser nichts, er opfert keine Information zu Gunsten seiner These, er zwingt dem Leser keinen Weg auf — aber er führt vielleicht manchmal seinem Prinzip zuliebe etwas zu wenig. Das fordert dem Leser bei der Lektüre eine große Geduld ab. Allerdings hat diese Arbeitsweise zugleich auch den Vorteil, daß man sich von vielen Seiten aus in die Thematik hineinarbeiten kann, indem etwa jeder Leser sich von seinem Lieblingsautor zwischen Leibniz und v. Gierke her in die Materie vortastet.

« System » wird von C. im weitestmöglichen Sinne verwendet: dazu gehören nicht nur die Klassifikation der einzelnen Regeln, sondern auch die Erkenntnis der inneren Einheit des Regelsystems Recht und Privatrecht, die nur verstanden werden kann als Antwort auf eine bestimmte soziale Problematik, die sich dem Juristen als Aufgabe stellt, und wozu dann natürlich auch die Frage nach dem Standort des Privatrechts im Rechtssystem überhaupt und die Frage nach den Quellen des Privatrechts gehören.

« System » ist somit im Grunde im weitesten Sinne der Komplex der Probleme und der Problemlösungen des Privatrechts. Entsprechend weit gespannt ist die Thematik, die C. verfolgt. Damit büßt aber im Grunde der Begriff des Systems als Terminus, der den Gegenstand der Arbeit beschreibt, an Schärfe ein. Es geht dann wohl um das Privatrecht als Ganzes, unter Verzicht allerdings auf die « Dogmengeschichte ». « System » ist bei C. nur eine neue — allerdings in der Tat auch neue Aspekte erschließende — Vokabel für den Komplex von Leitideen, die insgesamt die neuzetliche Rechtswissenschaft charakterisieren. Diesen Komplex könnte man etwa auflösen, wie sich insbes. in dem Kapitel über die allgemeine Rechtslehre zeigen wird, in die Stichworte: Ordnung, Bürger, moderner Staat, Gesellschaft,

Positivismus, Privatrechtsgellschaft, europäisches Gemeinrecht, Philosophie, Alteuropa, Wirtschaftsordnung, römisches Recht, Weltrecht, Liberalismus, Kapitalismus, Marxismus, Sozialismus usw., die C. sämtlich versucht, im Auge zu behalten.

2. Auf eine recht « rhapsodische » Einleitung folgen ein Vorspruch über die Entwicklung vom « Untertan zum Bürger » und die fünf Kapitel des ersten Teiles, der dem savignyschen Begriff des « heutigen römischen Rechts » (übersetzt mit « diritto romano attuale » - und nicht « odierno ») als Voraussetzung eines jeden künftigen Systems gewidmet ist.

Die einzelnen Kapitel behandeln: Das System des heutigen römischen Rechts und den heutigen Gebrauch des römischen Rechts im späten Usus modernus; die Wissenschaft des römischen Rechts; das System der Geschichte: die Göttinger Schule zwischen System und Geschichte des römischen Rechts; Hugos « civilistischen Curs » und die Problematik der rechtserzeugenden Kraft der Rechtswissenschaft bei den Juristen der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts.

Der zweite Teil begibt sich dann näher auf den Weg vom System zur generellen Theorie des Rechts, der im Grunde mit einem Kampf ums System beginnt. Hier geht es zunächst um das drohende Ende des römischen Rechts zu Beginn des 19. Jahrhunderts, weiter um das Verhältnis des Privatrechts zum öffentlichen Recht und schließlich vor dem Ausblick auf die « teoria generale » um die Rollen von Hegel und Savigny.

3. In der folgenden Übersicht können nur einige Punkte hervorgehoben werden, bei denen C. zu besonders beachtenswerten Ergebnissen gelangt ist, oder die aus der sehr subjektiven Sicht des Rezensenten einer Kommentierung bedürfen. Einer vollständigen Inhaltsübersicht und einer Zusammenfassung der Thesen widersetzt sich das Werk seiner ganzen Anlage nach. Der Rezensent kann hier nicht versuchen, etwas zu leisten, was sich der Verfasser offensichtlich bewußt versagt hat.

In dem Vorspruch « Vom Untertan zum Bürger » legt sich C. im wesentlichen nur das zurecht, was an Voraussetzungen über die Entwicklung des Einzelnen als Träger privater Rechte im modernen Staat gesagt werden muß.

Das erste Kapitel enthält als wichtigstes Ergebnis den überzeugenden Versuch, die Charakteristika des Usus modernus herauszuarbeiten. Dabei wird allerdings nicht ganz deutlich, ob C. die harmlose Vokabel « heutig » (« odierno ») für eine hinreichende Bezeichnung hält oder ob es nicht doch eher das anspruchsvollere und sich bewußt gegenüber der Vergangenheit auf den Eigenwert der Zeit berufende Wort « modernus » ist, das den Geist der Zeit prägt.

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts ist es dann klar, daß die Behandlung des römischen Rechts «wissenschaftlich» sein muß, was in der Sprache der Zeit gleichbedeutend ist mit systematisch. Um den Begriff «System» jedoch voll entfalten zu können, muß C. zurückgreifen auf das «System der Geschichte» der Göttinger Schule und speziell auf die Geschichtsschreibung auf dem Gebiete des römischen Rechts (175). Zu diesem Zwecke breitet C. das weite Spektrum der Vorstellungen der Juristen über die Wissenschaftlichkeit der eigenen Aufgabe vor dem Leser aus. Dabei steht die Literatur-Geschichte der rechtswissenschaftlichen Arbeitsprogramme der wichtigsten Juristen dieser Schule an erster Stelle. Die Sache wird jedoch dadurch kompliziert, daß C. seinen Ausgangspunkt gleichsam vom Ende her bei Hugo nimmt, bei dem er dann auch noch verschiedene Grade der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft unterscheidet, die sich alle mehr oder weniger auf kantische Begriffsbildungen zurückführen lassen. Hauptprobleme bilden die Frage des stringenten Beweises bei geschichtlichem und empirischem Material (die «Rechtswahrheiten») und die Problematik der Jurisprudenz als einer Anwendungswissenschaft. Das richtet sich mit Kant gegen den naturrechtlichen «mos geometricus». Hugos entscheidender Schritt nach vorn ist aber in der Sicht von C. die an den schon so oft behandelten drei Fragen Hugos («Was ist Rechtens?», «Ist es vernünftig, daß etwas Rechtens sey?», «Wie ist es Rechtens geworden?») orientierte Aufteilung der Jurisprudenz in das Feld der handwerklich dogmatischen Rechtslehre, der Rechtsphilosophie und der Rechtsgeschichte.

Wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffes «Geschichte», der in gleicher Weise das aus der Sprache und den Sitten eines Volkes erwachsene Recht als auch ganz einfach das in den Kategorien von Raum und Zeit positiv gegebene Recht (auch wenn es auf einer Willkür des Gesetzgebers beruht) meint, verbirgt sich hinter dieser Dreiteilung zugleich aber auch eine Zweiteilung, wenn man nicht zwei Arten von Geschichte (historisch und geschichtlich) unterscheiden will. Diese Unterscheidung führt C. aber auf das wirkliche Problem, nämlich das des Verhältnisses von Gegenwart und Zukunft (185) und damit natürlich auch wieder zur Rechtsphilosophie (187). Auf dieser Ebene liegt auch wohl, daß Hugo Savignys «geschichtliche Rechtswissenschaft» wegen der Ausblendung der Philosophie im Grunde für einen Widerspruch in sich halten muß, für eine Verbindung von Geschichte und Dogmatik, die Hugo auch schon am *Usus modernus* kritisiert hatte. Hugo zeigt sich hier in der Sicht von C. als verständiger Kritiker der historischen Schule, als jemand, der die wahren Zusammenhänge durchschaut. Die historische Schule, die die Dinge nicht richtig wertet, bleibt somit hinter dem zurück, was sie hätte leisten können (194).

Die Quellen für Hugos methodische Überzeugungen liegen im Staatsrecht (noch lernt das Privatrecht vom Staatsrecht!) von Pütter und Reitemeier (200). Von Pütter stammt die Idee der Herausstellung der Grundsätze eines allgemeinen positiven Rechts, das vom Naturrecht (bei aller Anerkennung der Verdienste Wolffs) verschieden ist. Diese Herausstellung der Prinzipien ist für Pütter die wahre Aufgabe der Wissenschaft. Verbunden sind mit dieser Einstellung schon die Ablehnung der Kodifikation und der Primat der Rechtswissenschaft (207). Jedoch erst Reitemeier ist es gelungen, die Geschichte als Quelle dieser allgemeinen Grundsätze treffend zu definieren (214). Die Geschichte — genauer die « Universalgeschichte der Gesetzgebung » (217), womit auch die literarische Form der juristischen Enzyklopädie verwandt ist — liefert die großen Zusammenhänge für die Masse der Einzelheiten. Das bezeichnet C. als « sistema della storia » (238). Weiter diskutiert er noch die Bedeutung von Leibniz, Wolff und Nettelbladt für das Geschichtsbild von Hugo, speziell die Kategorien von innerer und äußerer Rechtsgeschichte.

Hugo lenkt als erster die Aufmerksamkeit auf die Probleme der inneren Rechtsgeschichte mit dem Folgeproblem der Geschichtsschreibung in diachroner oder synchroner Manier, wobei er sich bekanntlich für die « Lehrart nach allgemeinen Zeiträumen » entschließt (276). In diese Diskussion mischt sich nun auch 1808 Thibaut mit treffenden Bemerkungen über die Aufgaben der Geschichte « jedes einzelnen Rechtsinstituts » (284). Dazu tritt Savigny (323), der weitgehend einig ist mit Thibaut, wohingegen Hugo leider zunehmend Pütters Grundsätze preisgibt. Dieser Abschnitt ist besonders gut gelungen.

Es folgt das große Kapitel über Hugos civilistischen Curs (326). Die Ursprünge liegen in Schlözers zweigeteiltem Cursus politicus, nämlich historicus et philosophicus (329). Von da führt die Linie zu Spittlers (332) Kirchengeschichte (348) und über Wolff und Nettelbladt bis zurück zu Leibniz und Thomasius. In diesen Zusammenhang gehört natürlich auch die Abhängigkeit Göttingens von Halle, die demonstriert wird an der Person von Münchhausen. Der Hauptton liegt stets auf Wolff mit Seitenblicken auf Heineccius, Cramer und Ickstatt, sowie die beiden Beckmann und Elend. Die Themen sind Enzyklopädie, System und praktische Jurisprudenz. Das besondere Interesse von C. gilt dem scheinbaren (?) Widerspruch zwischen demonstrativer und historischer Methode (426). Der endgültige Untergang der Methode Wolffs beginnt mit Claproth und dessen Hinwendung zur Geschichte, die in gewisser Weise an Thomasius anknüpfen kann (438), dem bei dieser Gelegenheit ein besonderer Abschnitt gewidmet wird.

4. Im 5. Kapitel, « Novum Systema », kommt dann C. ganz konkret zum Systembegriff. Unklar bleibt allerdings die Funktion der

beiden einleitenden Zitate von Wolff und Hugo für die These dieses Kapitels, nämlich das Zitat von Wolffs Erklärung der Geltung des römischen Rechts (kraft des Willens des Gesetzgebers, der eben fremdes Recht rezipieren wollte) (510); und zweitens Hugos Einsicht, daß Thomasius' Versuche des Nachweises des « non usus » möglichst vieler Stellen des Corpus iuris mit historischen Mitteln immerhin « das Gute, dass nun die Rechtsgeschichte mehr gewöhnlich ward » zur Folge gehabt habe (510).

Die Schilderung der Geschichte des *Novum Systema* beginnt bei Leibniz und dessen Einfluß auf Wolff. Für Leibniz, der Denkanstöße von Malebranche und Descartes verwertet, ist System eine grundlegende Idee, von der her sich die Totalität einer Theorie erschließt, oder die Ausgangspunkt und Bezugspunkt aller Teile der Theorie ist (518). Darin steckt für Leibniz offensichtlich auch der Gedanke der Entwicklung, wie er bestimmend bleiben wird für das *Systema Historiae* der Göttinger Schule (bis Hugo), der aber bei Wolff verloren gehen wird. Denn Wolff definiert: « *Systema enim dicitur veritatum inter se et cum principiis suis connexarum congeries* » (518).

Wolff und Leibniz stehen somit bei C. gleichsam für die beiden Möglichkeiten des Systems überhaupt: Leibniz für das System mit « generativer » Kraft, Wolff für das System als Mittel der Darstellung gegebener Sätze (518). Dem entspricht das Begriffspaar « inventor » - « compiler ». Das generative, der Intuition entspringende System ist das *Systema novum*. Ebenso gehört der Begriff des inneren Systems zum kreativen System. Für Wolff ist jedoch das Ziel des Systems in voller Übereinstimmung mit der axiomatisch-deduktiven Methode nur Mittel des Beweises der Gewißheit einzelner Sätze, also der Wahrheit (nicht auch der Neuheit) der Sätze (530).

C. bringt das System, wie Leibniz es sieht, auch in Verbindung mit merkantilistischen oder gar kapitalistischen Ideen (535). Denn das System steht für Leibniz im Zusammenhang mit dem kapitalistischen Motiv, alles Wissen verfügbar zu machen. Für Leibniz ist das wahre System das « *Système réglé* » (543), das generative System, das neue System als Ausdruck der *ars inveniendi*. Auch Leibniz' Combinatorik ist generativ. Doch Wolff zieht sich dann zurück auf die ars demonstrandi, die für Leibniz nur ein Teil des Systems war. Wobei Wolff anknüpft an die Funktion des Systems, die Leibniz seinem « *Système accompli* » zuteilt, die der Verfügbarmachung des Wissens unter Beweis der Prinzipien und der Konklusionen *more geometrico*.

Im zweiten Teil dieses 5. Kapitels führt C. dann seinen Leser von Leibniz' « *Système réglé* » generell zur Architektur des Bürgerlichen Rechts im besonderen (550). Um die juristische Bedeutung des Systembegriffes zu verdeutlichen, muß C. zunächst die Zahl der analysierten Autoren erhöhen. So treten jetzt zusätzlich Cramer, Ickstatt und Heineccius ins Blickfeld, dazu auch Nettelblatt und die beiden Beck-

mann. Für den Leser dieses Kapitels ist es nicht ganz einfach anzuknüpfen an das, was C. im dritten Kapitel zum *Systema Historiae* der Göttinger Schule gesagt hat. Die Juristen — Cramer Ickstatt, Heineccius und auch Nettelblatt — folgen dem Konzept von Wolff, mit einer bemerkenswerten Ergänzung: sie unterscheiden in der juristischen Literatur neben dem « *systema maior* » ein « *systema minor* » oder « *compendium* », das, soweit es die Ergebnisse der Demonstration des großen Systems enthält, ein *compendium dogmatico-historicum* ist, und, wenn es nur spezielle Anwendungsfälle und Fakten enthält, ein « *compendium juris historicum* ». Seitdem ist im juristischen Bereich « *Systema Historiae* » eine *contradicio in adiecto*.

In die wolffsche Linie gehört auch Nettelblatts Ansicht über die Befugnisse des Rechtslehrers, der bei seiner Tätigkeit « die Gesetze selbst unverändert lassen » muß. Dieses Gebot gilt aber nur mit der bemerkenswerten Ausnahme, « so ferne er nicht beweisen kann, dass dieselben irrig sind » (569). Doch ist für Nettelblatt die Produktivität des Juristen geringer als die des Philosophen. Das zeigt sich besonders bei seiner zurückhaltenden Stellungnahme zur Befugnis des Juristen, « neue Kunstwörter » zu schaffen (573). Dies darf nämlich nicht dazu führen, neue Begriffe (im Sinne der produktiven Systematik von Leibniz) aufzustellen (574). Doch sind die Grenzen im einzelnen fließend und nicht immer genau zu bestimmen, was natürlich auch daran liegt, daß C. in erster Linie nur die artikulierten Hoffnungen schildert, die die Juristen an eine Systematik geknüpft haben. Die Schilderung bestimmter Systeme ist damit seltener verbunden. Und Beispiele für dogmatische Auswirkungen eines bestimmten systematischen Ansatzes müssen nach der Anlage des Buches notwendigerweise vollständig fehlen.

5. Vor dem so gezeichneten Hintergrund überprüft C. die Frage, ob E. Gans recht hatte mit seiner Behauptung, daß Savigny im Grunde Wolffianer sei, weil er, wie Wolff, « seine Sätze ohne weitere Kritik der Vorstellung der Zeit entnommen, dieselben aber nicht in ihrer innerlichen Nothwendigkeit aufgewiesen, sondern als fixe für sich bestehende Wahrheiten aneinandergereiht » habe (576). C. weist nach, daß Gans recht hatte in bezug auf die Methodenlehre (die Gans gar nicht kannte) und unrecht in bezug auf den « Beruf » (den Gans in erster Linie meinte) (578).

Um das besser ausführen zu können, reicht C. das Panorama erneut an durch einen Seitenblick auf Hugo (579). Hugo übernimmt von Kant im Gegensatz zu Wolff, aber offensichtlich ohne Anknüpfung an Leibniz, die Vorstellung des Systems als « Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee », als etwas, das « architektonisch », « kosmisch » und nicht nur rein logisch oder rein technisch ist, und

das wachsen kann wie ein organischer Körper, geleitet von einem « obersten und inneren Zweck » her.

Savignys Methodenlehre jedoch bleibt in dieser Frage bei Wolffs « systema verum » (590). Das erste juristische Beispiel eines solchen Systems stammt nach Savignys Ansicht von Hofacker (590), der insgesamt aber noch « unter dem System » bleibt, wie Savigny sich ausdrückt, « weil er hier wieder den Inhalt der Gesetzgebung unmittelbar, wohl gar wörtlich darstellen will, ihn aber keineswegs dem System als Resultat des Quellenstudiums anpaßt » (605). Für Savigny genügt also « Treue » gegenüber den Quellen den Anforderungen einer systematischen Darstellung nicht (606). Savigny beobachtet das für den Fall, in dem Hofacker für den Besitzerwerb *animus et corpus* fordert, für den Verlust aber nach einer *Digesten*stelle *animus* ausreichen lassen will. Das findet Savigny zwar quellentreu, aber eben noch unsystematisch.

Signifikanter jedoch ist Savignys Kritik an der zweiten Gruppe von Autoren, die das Ziel des Systems deswegen verfehlen, weil sie sich « darüber erheben » (607). Das sind die Leute « welche untreu arbeiten », die « philosophischen Juristen, weil sie sich zuviel von der Willkür leiten lassen, eine Art Revolution gegen die Gesetzgebung » (608). Nettelblatt kann Savigny damit nicht meinen, aber wen denn dann? Klarheit erhofft C. erneut von Seiten von Hugo und dessen Anlehnung an Kant und findet sie auch dort: die Übertreiber sind im Grunde also die Anhänger des generativen Systems, Hufeland und auch Hugo, der gesagt hat: « Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten » (613). In erster Linie meint Savigny aber Hufeland, der den Vorrang der Begriffe vor deren « Ausdehnungen » lehrt. Die Begriffe aber sind vom Gesetzgeber nicht bestimmt und wären sie es auch, so wären sie nicht verbindlich: « Wir haben sie aus der Hand der Rechtsgelehrten » (617). Diesen Vorrang der Begriffe, die absehen von der historischen Verschiedenheit der Quellen, die auch Dinge enthalten, die nicht wirklich leben (619), kann Savigny nicht billigen, weil dadurch die nur reproduzierende Aufgabe des Systems überfordert wird (620).

Im Beruf ändert sich aber die Sicht von Savigny. Jetzt räumt er dank des Konzeptes der Anschauung (624) ein, daß die römischen Definitionen oft unpräzise sind, daß darunter aber die Begriffe nicht leiden, die die « wirklichen Wesen » sind (624). Das gibt C. Anlaß nachzutragen, daß bereits Nettelblatts Erfindung des Begriffs des « *negotium iuridicum* » im Grunde nach den Kriterien von Wolff ein unzulässiger revolutionärer Akt gewesen sei. Damit ist dann — am Ende des ersten Bandes — auch Savigny bei einem Systembegriff geendet, der die Revolte gegen das Gesetz (das römische Recht) jedenfalls ermöglicht (633).

6. Der zweite Band steht unter dem Obertitel « Vom System zur generellen Theorie ». Was C. damit meint, offenbart das erste der vier dem Band vorangestellten Motti: « Die wahre Gestalt, in welcher die Wahrheit existiert, kann allein das wissenschaftliche System derselben sein » (Hegel).

C. versteht den zweiten Teil als *pars specialis*. Zu den Namen von Hugo, Nettelblatt, Wolff, Leibniz, Zachariae treten hier die Namen der klassischen Pandektisten Thibaut, Mühlenbruch, Puchta, Savigny, Bruns, Windscheid und Vangerow.

Das erste Kapitel stellt die Frage, ob mit dem System als Revolte gegen die Gesetzgebung der Untergang des « heutigen römischen Rechts » gekommen sei (4). Ausgangspunkt der Betrachtungen sind die vielfältigen und wichtigen Beziehungen zwischen Nettelblatt und Hugo, womit Nettelblatt endgültig in die Reihe der Reformer eintritt, zunächst als Reformer des Studienganges und des dementsprechenden Systems der Lehrbücher. Dann kommen wichtige Hinweise auf Johannes August Bach, die immer wieder die Rolle der Geschichte in dieser Auseinandersetzung deutlich machen. Hugo kann zwar die Fäden, die ihn an Nettelblatt binden, in dem Moment abschneiden, in dem das « System Hugo-Heise » ein Eigengewicht als Vorbild für die Pandektenlehrbücher gewinnt (29). Aber vorher steht gleichsam C.'s Nachweis — eine der zentralen Stellen des Buches —, daß das System Hugo-Heise entstanden ist aus den Vorbildern von Nettelblatts Pandektensystem und Naturrechtssystem sowie Rundes Systementwurf für einen « Grundriss des Braunschweig-Lüneburgischen Privatrechts »: es handelt sich also um ein naturrechtlich-römischrechtlich-deutschrechtliches System Nettelblatt-Runde-Hugo-Heise (31). Damit hat C. das bisher fehlende Glied in der Kette der Evolution des modernen Privatrechtssystems entdeckt.

Hugo selbst rühmt sich, das System Nettelblatts um die Vorzüge seiner « historisch-systematischen Methode » bereichert zu haben (36), eine Vokabel, die Habernickel (37) in die Debatte eingeführt hatte zur Kennzeichnung seines Kurses, der zunächst die einzelnen Bestandteile des geltenden Rechts behandelte und erst als Abschluß das « *ius privatum Germanorum hodiernum commune, ex variis aliis iuribus peregrinis et domesticis compositum* » (37).

Im Vergleich zu dem völligen Neubeginn bei Savigny bleibt aber Hugo nach der Erkenntnis von Puchta und auch in der Sicht von C. ein Einzelfall (40). Puchta hielt bereits die Frage für unnötig, ob Hugo zur geschichtlichen Schule gehöre, deren Kern für Puchta in der « Erkenntnis des Rechts als eines Theils des Volkslebens » bestand (42). Und das, obgleich Hugo doch mit seiner Feststellung, daß das Gesetz nicht die einzige Quelle der « juristischen Wahrheiten » sei, in gewisser Weise schon in Richtung auf den « Beruf » gedacht hatte (44).

C. stellt fest, daß der endgültige Bruch zwischen Savigny und Hugo auf der Weigerung Savignys beruhte, Hugos Vorschläge für eine neue Zitierweise des Corpus iuris zu akzeptieren (45). Das war aber ein weniger nebensächlicher Anlaß als es auf den ersten Blick scheinen mag, denn es ging um nichts Geringeres als um Hugos Einsicht, daß es unrichtig sei, mit der Vokabel «Gesetz» alle Rechtsätze zu bezeichnen (48). Das sei besonders bei der Behandlung des Corpus iuris — hier folgt Hugo den Gedanken von Thomasius — nicht zulässig (50). Daraus ergibt sich eine durchaus kritische Einstellung Hugos gegenüber dem Corpus iuris (51) und eine positive Meinung über das «jetzige Hannoversche Recht» (53), für das das Prinzip gilt, daß jedes positive Recht aus sich selbst heraus entsteht (53). Danach sind entscheidend nicht die «Gesetze», «sondern, was die Richter, die Sachwalter und die mündlichen und schriftlichen Lehrer von diesen, für jetzt geltendes Rechts halten» (53). In diesem Sinne hat das Corpus iuris gleichsam nur wissenschaftlichen Wert und stellt kein Gesetzbuch dar. Und in diesem Sinne gibt es dann eben auch praktisch bereits ein nationales Recht in Deutschland (55), wofür Hugo auf die analoge Situation in England verweist (56). Das ist aber keineswegs identisch mit Savignys Position, der ja trotz seiner Rechtsentstehungslehre dabei bleibt, daß das römische Recht «für uns unentbehrlich» sei. Vielmehr ist Hugo bereit, dem römischen Recht die Geltung als Gesetz abzusprechen, ohne aber deswegen ein neues Gesetzbuch an seiner Stelle zu fordern (57). Für Savigny bleibt das Corpus iuris das Gesetz, «das wir brauchen», also im Grunde ein Codex — im Sinne von Thibaut (61). Für Hugo ist jedoch mit den Worten Pfeiffers, nicht das Gesetz, sondern das eigene Nachdenken das Primäre. Noch in seiner Rezension des ersten Bandes des Systems verharret er auf dem alten Standpunkt, daß er viel übrig habe für die Lehren von Thomasius über den «non usus» mancher Lehren des römischen Rechts (65). So bleibt es bei dem Gegensatz: «Rechtsverhältnisse (Savigny) gegen Fälle (Hugo)»: Auf der einen Seite Rechtsverhältnisse als Instrumente für die Beherrschung der Praxis; auf der anderen Seite case-law neben einem System mit rein wissenschaftlichen und didaktischen Aufgaben (63).

C. wendet sich dann einer Erscheinung zu, die er als Entpolitisierung des gemeinen Rechts bezeichnet, und die natürlich im Zusammenhang mit den herkömmlichen Interpretationen von der Entstehung des Formalismus und der privatistischen Konzeption des Rechts zu sehen ist (67). Dabei geht es zunächst um die Herstellung eines hierarchischen Systems. Wichtigster Gegenstand dieses Abschnittes ist C.'s Chiasmus-These: Paradoxerweise entspricht dem Übergang von der hierarchischen Gesellschaft des 18. Jahrhunderts zur befreiten Gesellschaft des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiete des juristischen Systems ein Übergang von einem System der Komplementarität und

des Widerspruchs zu einem System, welches das hierarchische Prinzip zu seinem unverzichtbaren Fundament erklärt (78). Am Beginn der Privatrechtsgesellschaft steht also nach C. ein ganzheitlich-hierarchisches System (82).

C. fragt sich, wieso man dafür ein « heutiges römisches » Recht brauche. Und warum bedeutet das den Rückzug auf das « reine » römische Recht, befreit vom kanonischen Recht und den deutsch-rechtlichen oder einfach modernen Zusätzen des *usus modernus*, wie sie sich bei Hofacker finden?

Für Hugo ist der Grund klar: man muß nicht für die Darstellung der Regeln des modernen Rechts zugleich auch die Entwicklung jeder einzelnen Regel schildern, ebensowenig wie man die Geographie mit der Lektüre von Strabo beginnt (87). Damit ist aber doch nur gesagt, daß man das heutige römische Recht vom antiken trennen muß, aber doch nicht, warum man alles römische Recht vom nichtrömischen trennen muß. Dafür sehe ich keine Erklärung bei C. Er schildert zwar ausführlich den Prozeß der « Germanisierung » oder besser Naturalisierung des römischen Rechts in der Pandektenwissenschaft von Kuntze bis Windscheid (90), ohne allerdings etwas zum Problem der von Windscheid sogenannten « Reinigung » des römischen Rechts (Coing bevorzugt jetzt « *Censura* ») zu sagen. Damit ist aber Hugos Entscheidung für das römische Recht noch nicht deutlich gemacht, und auch nicht die von Savigny. Hat C. hierzu nichts gefunden? So jedenfalls kommt der Bericht über die Attacke von Gans aus dem Jahre 1827 recht überraschend, der die prinzipielle Entscheidung für das römische Recht als das Grundübel der Rechtswissenschaft kritisiert, ohne damit zum Gegner des römischen Rechts werden zu wollen (96).

Auch die Hinweise auf die Exegese in den Pandektenlehrbüchern und die dadurch herbeigeführte (Re)Romanisierung der Privatrechtswissenschaft machen die Sache nicht deutlicher und auch nicht der Hinweis auf den Grundriß von Heise und ähnliche Grundrisse als literarische Form (102), die alle nur den Eindruck bestätigen, daß allein das römische Recht Gegenstand der Universitätsausbildung war (105): Wenn man zitierte, dann die älteren Exegetiker und nicht die praktischen Schriften einer « neueren schlechteren Zeit » (Heise) (107). Man glaubte offensichtlich ohne weitere Erklärung, daß das reine römische Recht, die geeigneten Mittel böte zur Lösung der praktischen und wissenschaftlichen Fragen der Zeit (108).

7. Um die Mitte des Jahrhunderts sieht man sich dann aber zu genaueren Stellungnahmen genötigt. Das gilt für Puchta, Arndts, Sintenis, Savigny, Vangerow, Brinz — bis es schließlich zum Wendepunkt kommt (Kuntze). Auslöser der Erneuerung der Diskussion ist die Frage der Bedeutung der « Modifikationen » (112). Nicht ohne

Rückgriffe auf Hugo, Thibaut und Seuffert kommt man jetzt zur stärkeren Betonung des Praktischen (115), was sowohl die Weglassung der obsoleten Regeln des römischen Rechts (« Reinigung ») als auch die Berücksichtigung von Sätzen aus deutschrechtlichen Quellen bedeutet. Die wichtigsten Autoren dieser Entwicklung sind Bruns (in Holtzendorffs Encyclopädie) und Sintenis, der überraschenderweise (wohl unbewußt) auf die Protagonisten des *Usus modernus* wie Rebuffus und Groenewegen zurückgreift, wenn er die Herstellung einer Liste aller römischen Sätze fordert, die nicht mehr praktisch seien (120). Dieser Aspekt ist dem sonst so belesenen Autor entgangen, der in diesem Abschnitt auch andere wichtige Vorarbeiten sowohl zur Reinigung als auch zur Rolle des deutschen Rechts übersieht (cf. etwa Rückert zu Reyscher).

Dann wird Wächter geschildert als einer der Autoren, die sich den Fortschritt für eine realistischere und praktischere Privatrechtswissenschaft von einer territorialen « Parzellierung » erhoffen (125). All das wurde schon von Windscheid treffend und auch zustimmend als Fortsetzung der « Thibaut'schen Schule » betrachtet, wozu J. E. Kuntze dann gleich auch noch Glück, Holzschuher und Schweppe zählt. Bruns hatte schon 1843 erklärt, die Aufgabe der historischen Schule sei nunmehr vollbracht (157). Im übrigen erhofft sich auch Bruns, wie Wächter, eine Verbesserung der Situation durch territoriale Kodifikationen unter Einbeziehung deutschrechtlicher Regeln (168).

Der Gesamteindruck ist nach allem weniger der, daß der *Usus modernus* noch weit in das 19. Jahrhundert hineinreichte, « Ausläufer » hatte (127), als der, daß die ganze historische Schule und die Pandektenwissenschaft doch nur ein sehr oberflächliches, rein akademisches Problem bildeten, dessen Bedeutung für die Geschichte des Privatrechts in Deutschland im Grunde nur darauf beruht, daß seine Protagonisten es verstanden, die Blicke auf sich zu ziehen, und darauf, daß sich das 19. Jahrhundert eben doch leichter erforschen läßt, wenn man sich für befugt hält, Savigny mit der deutschen Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts gleichzusetzen.

8. Mit diesem Vorurteil räumt C. auf. Das zeigt sich an seinem Bericht über das Erscheinen von Savignys System, das er aus der Sicht der v. Steinschen Rezension schildert (128), und dessen Konzept er mit v. Stein für illusorisch erklärt, weil es die Probleme der nicht mehr anwendbaren römischen Regeln und des « germanischen » Rechts nicht bewältigt (135). Was v. Stein nun aber « materiell » für kritikwürdig hält, wird nicht mitgeteilt. Dazu äußert sich aber F. J. Stahl ganz entschieden (142), dessen Kritik darauf zielt, daß « Recht im römischen Begriff eine Sphäre des völlig unbedingten (souveränen) Schaltens » sei (144). Die Kritik richtet sich also gegen die Herrschaft des subjektiven Rechts, gegen die reine « Berechtigung », die die Pro-

bleme der Gegenseitigkeit aus den Augen verliert (145). Die Berechtigung ohne korrespondierende Pflicht ist für Stahl die Wurzel der Ungleichheit (146).

Das rechte Verhältnis von Recht und Pflichten findet nun Stahl nicht etwa im Naturrecht (143), sondern im germanischen Recht (148), obwohl er damit, wie ich ergänzen möchte, auf naturrechtliche Kategorien von Leibniz zurückgreift, nämlich bei der Unterscheidung von «haben» und «verdienen» (149) und bei der Frage nach dem Verhältnis zwischen der Berechtigung und der Sache, auf die sich die Berechtigung richtet. Bei dieser letzten Frage herrschte nach Stahl im individualistischen römischen Recht die rigide Trennung von Schuld- und Sachenrecht. Dem setzt Stahl die germanischen Grundsätze entgegen, nach denen es möglich ist, daß «dingliche Rechte durch Vorgänge unter Dritten absorbiert und persönliche Rechte auf dingliche Weise verfolgt» werden (149). Damit spielt Stahl offenbar an auf den gutgläubigen Erwerb von Sachenrechten und auf eventuelle Verfolgungsrechte des nur obligatorisch Berechtigten. Auch diese dogmatisch höchst brisanten Probleme kann C. jedoch leider nicht vertiefen.

Damit setzt Stahl im Grunde sein «Utilitätsprinzip» gegen das römische Prinzip der gesicherten Herrschaft (150). Quelle für diesen Grundsatz der «organischen Verbindung» der Individuen ist das deutsche Recht (151). Das römische Recht hat zwar technische Qualitäten, aber die «tiefsten sittlichen und socialen Principien des Rechts» fehlen ihm (153). Entsprechende Äußerungen finden sich auch bei Kuntze, den C. in dieser Frage jedoch nicht völlig auswertet. Offen bleiben muß natürlich auch im Rahmen einer dem Systemgedanken gewidmeten Arbeit die Frage nach den Ursprüngen dieser Auffassungen über die prinzipiellen Unterschiede zwischen dem römischen und dem germanischen Recht. Gerade deswegen, so scheint es mir, können auch noch nicht alle Versuche, die politischen Grundpositionen der von C. untersuchten Juristen und Gruppierungen von Juristen zu klären, gelingen. Trotzdem lassen sich einige der Grundlinien, allerdings mit erheblichen Verwicklungen und Überschneidungen, ausmachen. Für C. ist der Formalismus Savignys zutiefst im wolffschen Sinne naturrechtlich und damit konservativ. Andererseits ist es aber auch so, daß die realitätsnahen und praxisorientierten Anschauungen des Usus modernus und seiner Fortsetzer und Wiederentdecker naturrechtliche Wurzeln haben, allerdings eher bei Leibniz und Thomasius. Zu beachten ist jedoch auch, daß gerade im 19. Jahrhundert das Naturrecht für die liberalen Ideen in Anspruch genommen wird. Liberal waren gleichzeitig aber auch die Germanisten. Doch steht das römische Recht für Individualismus und Willensherrschaft, wohingegen bei Stahl und wohl auch bei Kuntze gerade die germanische Betonung der Pflichtenbindung des Individuums der reinen Willensherrschaft des römischen Rechts entgegengesetzt wird. Im einzelnen ist es in

diesen Fragen wohl noch zu früh für eine «Systematisierung» der Geschichte oder für ein Gesamtbild des 19. Jahrhunderts. Das deutlich gemacht zu haben, ist eine der großen Leistungen des Buches von C. Mit dieser Feststellung sollen die enormen Leistungen des Verfassers für die Analyse der Leitideen der Zeit keineswegs unterschätzt werden.

9. Das zweite Kapitel «*Ius publicum in iure privato*» ist dem Prozeß der Isolierung oder Befreiung des Privatrechts aus seinem Zusammenhang mit dem Staatsrecht gewidmet.

Um die Dinge klar zu stellen, greift C. zurück auf die Anfänge der Trennung von Staat und Gesellschaft (175), die er immer mit dem Blick auf Savignys Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht betrachtet (181). Im Grunde geht es um das «politische» am oder im Privatrecht (182). Die Anfänge liegen erneut bei Nettelblatt, Pütter, Hufeland, Hugo und der Zeit der Enzyklopädien und Methodologien mit ihrem Zwang zur Klassifizierung. Materiell geht es um den Gegensatz Staat und Einzelner (personalità) (215), um die internen Beziehungen einer privaten Vermögens-Gesellschaft, die im gegenseitigen Austausch die persönlichen Bedürfnisse deckt (217), kurz um den politischen Ort des Privatrechts.

Nach Vorüberlegungen von Nettelblatt (223) über die Klassifizierung der «rechtlichen Geschäfte» nach ihren Objekten (226), wobei öffentliches Recht und privates Recht unterschieden werden nach den «Ständen», die die jeweils entsprechenden «Geschäfte» vornehmen (227), gelingt die genaue und vollständige Trennung Privatrecht/öffentliches Recht erst dem Kantianer Hufeland (234). Die Schlüsselrolle in der Sicht von C. spielt dann aber Joh. Georg Schlosser (239). Für ihn ist maßgebend, daß das Privatrecht den Bereich der persönlichen Beziehungen erfaßt, die durch Normen geregelt werden, in die der Regent materiell nicht durch Gesetzgebung eingreifen kann (254).

Zum Verfassungsrecht hin bestehen keine Probleme. Im übrigen läßt sich die Trennung nur dann durchführen, wenn man das Verwaltungsrecht (das die «Anstalten zum gemeinen Wohl» betrifft) und das Strafrecht streng vom Privatrecht sondert (255). So entsteht das reine Privatrecht. Aber wichtiger noch ist für Schlosser, daß dieses Konzept den Vorrang des Civilcodex vor dem Regierungscodex (= Verwaltungsrecht) voraussetzt, weil primäres Ziel des Staates nur die Festlegung der Rechte der Bürger im Verkehr miteinander ist, in die die Verwaltung nur eingreifen kann, um die Freiheit der Ausübung der Rechte hilfsweise zu sichern (255). Das ist — wie Savigny im «Beruf» feststellt — die politische Rolle des Privatrechts (255). Hugo schließt sich Schlosser (261) an und definiert die bürgerlichen Gesetze als die Regeln, die bestimmen «über Rechte eines Gliedes des Staats an Andre kraft eines Standes, kraft einer Sache und kraft einer Handlung (*jus personarum, jus in rem und obligatio*)» (261). Hugo

sieht darin aber keinen Wesensunterschied, einmal aus einem « politischen » Grunde: auf den Staat als ordnende Gewalt kann auch im Privatrecht nicht verzichtet werden (263); und zweitens aus einem « metaphysischen » Grunde: nämlich wegen seines Staatsbegriffes (266). Diese Einsicht nötigt C. zu einer genaueren Schilderung des Staatsbegriffes von Hugo-Puchta-Savigny unter dem Einfluß von Hegel (Cap. III des zweiten Bandes).

10. Im Zentrum des dritten Kapitels steht der Nachweis, daß sich die historische Schule dem Einfluß Hegels nicht ganz verschlossen hat. Der Hauptzeuge dafür ist « Puchta in Erlangen » (283), der sich in seinen Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie von 1822 ganz als Hegelianer zeigt (293). Puchta verwendet Hegels Lehren besonders auf systematischem Gebiet. Er übernimmt alles, was ihm dienlich ist zur Vertiefung der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, mit dem Ziel, die Wissenschaftlichkeit des Privatrechts zu retten (300). Puchta tut dies, um sich abzusetzen gegenüber der « speculativen » oder — wie er meint, besser gesagt — « ungeschichtlichen » Schule. Die spätere Annäherung Puchtas an Schelling verdunkelt diesen Zusammenhang nicht (301). Es handelt sich bei Puchta um einen hegelianischen Idealismus (302).

Im einzelnen schildert C. die Einteilung der Rechte nach ihren Gegenständen, genauer nach den Gegenständen, auf die sich der (rechtlich relevante) Wille richtet (307). Darin sieht C. eine Dialektik aber keine « Begriffspyramide » (306-308). Das ist also der Einfluß Hegels, den schon Jhering intuitiv vermutet hat (311). Kritik daran hat schon der Ausgangspunkt provoziert, die Annahme nämlich, daß sich der Wille in erster Linie auf die Anerkennung des Wollenden selbst richte, auf seine Freiheit und seine Persönlichkeit (311). Gerade diese Subjekt-Objekt-Identität ist aber das für Hegel Typische (311). Damit ist das Recht als Feld der Herrschaft unseres Willens definiert. Das Fundament dieses Prinzips aber, so soll Sintenis nach C. mit Recht bemerkt haben, liegt außerhalb der Grenzen des Privatrechts (313). Puchta zieht demnach das Recht der Persönlichkeit als Grundlage aller anderen Privatrechte in den besonderen Teil des Privatrechts hinein. Damit tut er den entscheidenden Schritt über ein System im Stile von Hugo-Heise als bloßem Mittel der Darstellung hinaus. Kritisiert wurde die damit verbundene streng « rationalistische » Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht besonders von Seiten Stahls (316).

Savigny hingegen vertrat in der Deutung von C. in dieser Frage überraschenderweise eine mehr dem philosophischen Standpunkt von Dalhousie verwandte Position, die an « juristische Tatsachen » und an deren « Rechtswirkungen » anzuknüpfen versuchte. Nach C. steht dahinter Savignys Bemühen, konkrete gesellschaftliche Beziehungen

und ökonomische Realitäten nicht aus den Augen zu verlieren (321). Wofür C. sogar glaubt, auf Nettelblatt, Seidensticker und die mehr praktische Schule von Thibaut, Seuffert und Schweppe zurückverweisen zu können (325). Bei Savigny besteht somit ein Vorrang des Denkens in Rechtsverhältnissen vor der Rolle der abstrakten Persönlichkeit im Sinne Puchtas. C. schließt mit dem Satz: «Die Morgenröte des Systems der juristischen Tatsachen ist zugleich die Abenddämmerung des Systems der idealistischen Freiheitsphilosophie» (328).

Das vierte und letzte Kapitel enthält neben der Zusammenfassung des Hauptgedankens und dem Ausblick noch einige zusätzliche Überlegungen des Autors (329). C. hat den Weg nachgezeichnet von der Gliederung der Wissenschaften zur Innendifferenzierung der Rechtswissenschaft, die gekennzeichnet ist durch die juristische Konstruktion und getragen wird von einer Hinwendung zur Philosophie der Identität bei Hegel und Schelling (331). Hinter dem Titel «Hin zu einer allgemeinen Rechtslehre» verbergen sich dann im wesentlichen Beobachtungen über die bisher von der Forschung unterschätzte Sensibilität der Protagonisten der Historischen Schule für wirtschaftliche und soziale Fragen. Bemerkenswert ist dabei der von C. beobachtete große Einfluß des Idealismus im Gefolge von Schelling und Hegel (331), dem zuletzt auch Rückert große Bedeutung beigemessen hat — allerdings in einem gewissen Gegensatz zu C. schon für Savigny selbst.

II. Das Ganze mündet in der Sicht von C. in eine allgemeine Rechtslehre (333), die offen ist für die Aufnahme nationalökonomischer Einsichten, die zu einer kritischen Beurteilung des bestehenden Rechts und zu einer Bereitschaft zu seiner Fortentwicklung führt (337). Kennzeichnend dafür ist, daß der Pandektist J. Baron in seiner Rezension der Neubearbeitung von Raus «Lehrbuch der politischen Oekonomie» geradezu von einer «Zukunftsjurisprudenz» spricht und dem vielzitierten Windscheidschen Dictum über die «Aufgabe des Juristen als solchem» die Erkenntnis gegenüberstellt: «Ueber die Natürlichkeit, Sittlichkeit, Nothwendigkeit, oder umgekehrt über die Furtivität, Härte, Unmenschlichkeit des Eigenthums zu disputieren ist eine Aufgabe, die der Jurist nicht nur mit dem Rechtsphilosophen, Nationalökonom und Historiker, sondern auch mit den Volksvertretern und Journalisten jeder Sorte theilt» (337). Die Frage nach der Berechtigung dieser Kritik Barons an den «klassischen Juristen» (sc. der Historischen Schule) zwingt C. zu einem Rückblick auf Puchta und insbesondere Savigny und seine Einstellung zur Sphäre des Ökonomischen (341), die der «neuen» Wahrheit so fern nicht war.

Das Hauptzeugnis für die Wende zur allgemeinen Rechtslehre bildet jedoch A. Merckels geradezu zum Manifest stilisierter Aufsatz «Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur 'positiven' Rechtswissenschaft» aus dem Jahre 1874 (346). Im Ergebnis kann C. eine

von Stintzing zur Savigny-Feier 1879 geäußerte Ansicht fast als Schlußsatz zitieren: « Das durch die Hegel'sche Philosophie geweckte Bedürfniss nach der Synthese, das Verlangen, das Thatsächliche auf seinen Begriff, die Einzelheiten auf das Allgemeine zu höherer Einheit zurückzuführen, führte zu einer Wendung ... », die, das wäre zu ergänzen, Stintzing schon bei Savigny angelegt sah. Das rechtfertigt C.'s im Stile Jherings formuliertes Schlußmotto « Con il sistema, ma oltre il sistema ».

12. C.'s Buch bietet eine umfassende und tiefeschürfende Darstellung der Entwicklungsgeschichte des rechtswissenschaftlichen Selbstbewußtseins der deutschen Juristen seit dem späten 17. Jahrhundert. Die Darstellung beruht auf einer fast vollständigen Erfassung aller relevanten Quellen und einer perfekten Verwertung der gesamten Sekundärliteratur. In zahlreichen Fällen schließt C. schon lange empfundene Lücken der Forschung, in vielen anderen erschließt er ganz neue Perspektiven, die in Zukunft diskutiert werden müssen. Deswegen ist es hoffentlich einstweilen verzeihlich, daß sich diese Rezension im wesentlichen auf ein durch eigene Forschungsinteressen des Rezensenten gesteuertes und insgesamt somit recht selektives Referat beschränkt, das manche wichtigen Ergebnisse zu Unrecht kaum würdigt und dafür an anderen Stellen Lücken läßt oder gar Fragen aufwirft, zu denen C. vielleicht beim besten Willen nichts sagen konnte.

Dem Buch fehlen leider eine Zusammenfassung der Ergebnisse, eine Liste der Juristen und deren Schriften, die Gegenstand der Untersuchung sind, sowie auch der Forscher, die bisher Beiträge zu diesem Thema geleistet haben. Was der Leser am meisten vermissen wird, ist aber ein Verzeichnis der wichtigsten Gegenstandsbegriffe. Denn von « Allgemeiner Teil » bis « Zukunftsjurisprudenz » behandelt der Verfasser schlechthin alles, was jemals im Zusammenhang mit dem Versuch der Vergewisserung über die Aufgaben der Rechtswissenschaft diskutiert worden ist. Das Buch ist ein großer Gewinn für die Geschichte der europäischen Rechtswissenschaft.

KLAUS LUIG

Hans Kelsen, *Teoria generale delle norme*, a cura di Mario G. Losano, traduzione di Mirella Torre, Torino, Einaudi, 1985, pp. LXIV+471, L. 45.000.

A meno di sei anni dalla pubblicazione a Vienna, a cura di Kurt Ringhofer e di Robert Walter su incarico del Hans-Kelsen-Institut, dal *Nachlass* kelseniano, di una *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien,

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979) l'editore Einaudi ne fa uscire la traduzione italiana di Mirella Torre, a cura di Mario G. Losano, uno degli artefici, come è noto, della diffusione dell'opera di Kelsen in Italia.

L'evento è sotto vari profili degno di nota. Per non passarlo sotto silenzio basterebbe il nome dell'autore, di cui senza troppa enfasi potrebbe dirsi essere stato il più grande filosofo del diritto del secolo, notissimo anche tra i non giuristi, e di cui proprio in questi anni e mesi si vanno pubblicando, e traducendo nella nostra lingua, scritti anche per certi versi stravaganti rispetto al panorama più noto della sua produzione. Ma i motivi del grande interesse suscitato da questa *Teoria generale delle norme* vanno oltre, e son presto detti. Kelsen, si sa, morì nel 1973 ultranovantenne. Si sapeva, allora, che da più di un decennio egli stava lavorando ad una nuova *summa* del proprio pensiero in tema di norme ed ordinamenti, la quale avrebbe dovuto inglobare, ed armonizzare con le tesi da più tempo sostenute, le sue più nuove (e novatrici) concezioni relative alla inapplicabilità dei principi logici alle norme. Se ne erano avute anticipazioni, nel 1962 e nel 1966, ma la nuova teoria generale tardava ad apparire. Alla morte del grande praghese, ne furono dagli eredi affidate le carte a Rudolf Métall, suo amico e biografo, che le portò in Europa e provvide ad ordinarle. Morto questi a distanza di soli due anni, il materiale passò al Hans-Kelsen-Institut di Vienna, ove fu presa la decisione di pubblicare la *Allgemeine Theorie der Normen* affidandone la cura a Ringhofer e Walter. Nella introduzione all'opera i curatori, ripercorrendo le vicende succedutesi tra la morte di Kelsen e la pubblicazione del volume, scrivono ad un certo punto: « Come risulta da una dichiarazione fatta da Hans Kelsen di fronte a Rudolf Métall, Kelsen non voleva più prendere da sé la decisione se il frutto delle sue ricerche si dovesse pubblicare. Questa decisione perciò toccò alla fine al Hans-Kelsen-Institut » (p. III).

Tutto ciò evidentemente spiega perché suscitò grande interesse questa traduzione di un testo di cui (soprattutto: del cui stadio di elaborazione) non è affatto chiaro quale rappresentazione si facesse l'autore, e che ha subito interventi (quali che siano stati) di mani diverse prima d'essere stampato. In questa recensione si parlerà dell'edizione italiana, e non del contenuto dell'opera su cui esiste già un po' di bibliografia anche nella nostra lingua, e che comunque merita una analisi molto più particolareggiata di quella che il breve spazio concesso ad una recensione può dedicarle.

A mio avviso l'edizione italiana del lavoro è stata curata in maniera eccellente per parecchi riguardi, meno forse per altri. Anzitutto vanno positivamente sottolineate, della articolata introduzione alla edizione italiana, le aperture molto maggiori di quelle contenute nella stringata introduzione tedesca, verso un franco e deciso ricono-

scimento della essenziale incompiutezza dell'opera. Nei quasi sei anni che separano le due edizioni, l'*opus postumum* kelseniano è stato variamente analizzato, molti nodi teorici sono venuti al pettine, e non c'è stato recensore, esegeta o critico — con l'unica forse, e peraltro prevedibile, eccezione di Eugenio Bulygin — che non abbia attirato l'attenzione sulla paradossalità delle tesi di fondo dell'opera, e insieme sulla martellante insistenza con cui vengono asserite e ripetute senza, in fondo, venir mai seriamente confrontate con le teorie alternative, in gran copia sì richiamate nelle note numerosissime e complesse, ma anche sbrigativamente accantonate con l'argomento che « questo è tutt'altro discorso ».

La mia opinione — che giustificherò più compiutamente in altra sede — è che tutto ciò (e ancora altri dati si potranno addurre) sia il segno dell'essere stato lasciato il lavoro, dal suo autore, in uno stato ancora molto provvisorio. Quel che è rimasto scritto, Kelsen l'aveva scritto per sé più che per il lettore, al quale si è soliti concedere assai di più, sia quanto ad ordine espositivo sia quanto a ricchezza argomentativa. I commentatori in genere, va detto, sono più cauti, e non giungono a mettere seriamente ed esplicitamente in discussione l'asserzione di Ringhofer e Walter che il manoscritto kelseniano avesse raggiunto « un elevato grado di completezza » (p. III). Eppure, per giungere a tanto, non c'è che da raccogliere e sviluppare la gran quantità di osservazioni critiche già prodotte.

Di questo materiale l'introduzione di Losano alla edizione italiana fa giustamente tesoro. Una notazione particolarmente significativa di Losano mi piace qui richiamare: « Ultimo sforzo di uno studioso ottantenne, le cui forze vanno affievolendosi, la *Teoria generale delle norme* è un'opera che non viene bruscamente interrotta dalla morte del suo autore, ma che va progressivamente estinguendosi con lui. L'epoca della maturazione delle sue idee centrali va ... cercata ben prima del 1973: la si può collocare con certezza intorno al 1965 » (p. XLIII). Losano ha perfettamente ragione; scrivendo ciò del resto egli non fa che sviluppare le « esemplari analisi » di Kazimierz Opalek sulle fonti dell'opera kelseniana. Avrebbe potuto spingersi ben oltre: non solo la maturazione delle idee centrali va collocata intorno al 1965, ma non c'è nessuna prova che, dopo il 1965 (quando Kelsen, giova ricordarlo, aveva 84 anni), l'autore abbia continuato a lavorare al manoscritto.

C'è, invero, almeno un indizio in contrario, su cui non mi risulta sia stata sinora richiamata l'attenzione, e che per questo mi fa piacere produrre qui. Si tratta di questo: in una lettera a Ulrich Klug del 9-6-1965 Kelsen scrive: « Colgo l'occasione per richiamare la sua attenzione su di un lavoro di P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit* ... in cui in un capitolo: *Il logicismo* viene negata la

applicabilità della logica alle norme giuridiche » (H. Kelsen - U. Klug, *Rechtsnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien, Deuticke, 1981, p. 60). Ebbene, nel testo della *Teoria generale delle norme*, o nelle note, quest'opera, che è del 1964, non è mai non dico discussa, ma nemmeno nominata, né mai ricorre il nome di Amselek (come agevolmente si può vedere nella edizione italiana, fornita, a differenza di quella tedesca, di un indice dei nomi: altro notevole pregio dell'opera), la qual cosa sarebbe ancor più incomprendibile per chi pensasse che Kelsen ha ancora lavorato seriamente al suo testo dopo il 1965, dato che in quel capitolo sul logicismo Amselek discute proprio ... *il logicismo di Kelsen!* (ed anche Losano a p. XXIII della sua introduzione lo ricorda, pur senza ricordare quella lettera di Kelsen a Klug).

Losano, ed è questo un notevole merito della sua introduzione che la fa preferire a quella dell'edizione originale, parla senza mezzi termini delle « aporie e discordanze » (p. LX) contenute nel testo; ammette che il modo migliore di servirsi dell'opera è quella di trattarla come « un'eterogenea cava di materiale » (p. LXI); e scrive, forse un po' eufemisticamente: « si può anche dubitare che l'analisi critica di opere altrui possa far deviare Kelsen dalle concezioni di base della dottrina pura del diritto. Sembra che ... nessuna opera altrui riesca a fargli mettere in dubbio la superiorità della sua teoria rispetto alle altre » (p. XLVI). Se aggiungiamo a tutto ciò la preziosa informazione che ci dà a p. XXXVI: « le carte di Kelsen relative alla stesura dattiloscritta della *Teoria generale delle norme* colmano tre scatoloni: da esse i curatori hanno *distillato* [corsivo mio] un dattiloscritto di 435 pagine di testo e 377 di note; da queste 812 cartelle ha preso origine, nel 1979, il libro tedesco su cui è condotta questa traduzione italiana », vediamo che ce n'è più che abbastanza se non per capovolgere, certo almeno per mettere in dubbio l'opinione, oramai purtroppo nonostante tutto abbastanza diffusa, che la *Teoria generale delle norme* possa essere onestamente chiamata « l'ultimo libro di Kelsen ».

Orbene, proprio alla luce di quanto si è venuto dicendo sin qui, anche sulla base di informazioni fornite dalla citata introduzione, risultano difficilmente comprensibili alcune scelte; prima fra tutte quella di presentare, al lettore italiano, come: H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, a cura di Mario G. Losano, un'opera che nell'edizione originale nel frontespizio reca: Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlass herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter (dove i nomi dei curatori, sia pure in corpo leggermente più piccolo, sono evidenziati in neretto al pari del nome di Kelsen). E poi la scelta di scrivere, nella scheda editoriale informativa, che, alla morte di Kelsen, « tra le sue carte venne trovato il manoscritto della *Teoria generale delle norme*

ormai pronto per la stampa»; o di riferirsi, nella stessa introduzione, alla *Teoria generale delle norme* come a un'opera «che Kelsen portò sostanzialmente a compimento, ma che non riuscì a vedere pubblicata» (p. XXIII). Non c'è una palese contraddizione tra il contenuto di questa citazione e quello, molto più condivisibile a parer mio, della citazione da p. XLIII riportata sopra?

E a parte tutte le considerazioni precedenti, come pensare che fosse pronta per la stampa, sostanzialmente conclusa, un'opera così diversa strutturalmente e stilisticamente dalle precedenti opere dell'autore, così pesante alla lettura per il continuo esporre altrui teorie, per il continuo ritornare su temi già affrontati, per i rimandi continui da testo a note (Kelsen, si badi, ha sempre scritto pochissime note nelle sue opere di teoria generale del diritto!), da non prestarsi minimamente alle stesse utilizzazioni (per esempio didattiche) di quelle altre opere? E purtroppo, si deve dirlo, la traduzione di Mirella Torre, qualche volta discutibile (come può esserlo il rendere *eine Norm befolgen* con «applicare una norma», o il rendere *Sinngehalt* talora con «contenuto di significato» talaltra con «contenuto del significato» talaltra ancora con «significato» senza avvertire in questo ultimo caso che l'originale reca appunto *Sinngehalt* e non *Sinn* o *Bedeutung*), qualche volta sbagliata (si veda, all'inizio di p. 42: «la sentenza giudiziaria "Il ladro Schulze deve essere messo in prigione" è valida solo a condizione che il ladro Schulze venga messo in prigione», dove l'originale — pp. 15-16 — reca: «... gilt nur under der Bedingung, dass der Dieb Schulze ins Gefängnis gesetzt werden ... kann»; o il brano a cavallo tra p. 389 e p. 390 — corrispondente tedesco a p. 188 dell'originale — assolutamente non compreso) non faciliterebbe comunque queste utilizzazioni.

Perché è vero, sì, che con tutte le deficienze, oscurità, oscillazioni, contraddizioni di questa sua ultima inconclusa fatica, Kelsen resta sempre un gigante sulle cui spalle siamo autorizzati a salire: di lassù si può senz'altro vedere meglio, e di più. Ma non illudiamoci, stavolta, di essere per questo particolarmente fortunati, non crediamo che ci venga con ciò risparmiata qualche fatica, facilitato un compito. Infatti con i suoi materiali per una teoria generale delle norme Kelsen ha lavorato molto, moltissimo per sé, ma ancora molto poco per noi, per i lettori; e difatti ai lettori non si era deciso che a consegnare qualche breve frammento di quei materiali. Molto del lavoro che solitamente fa un autore per i suoi lettori toccherà stavolta a noi di farlo. Di lassù si potrà senz'altro vedere meglio, e di più. Ma, salirci, non sarà impresa facile.

LETIZIA GIANFORMAGGIO

Bernd-Rüdiger KERN, *Georg Beseler. Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, 599 S. (Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 26).

Eine umfassende Würdigung Georg Beselers (1809-1888) hat bisher gefehlt. Sie ist eine ebenso interessante wie schwierige Aufgabe: Interessant, weil Beseler der wohl einflußreichste juristische Germanist in der Mitte des 19. Jahrhunderts und ein bedeutender nationalliberaler Politiker in der Paulskirche und im frühen Kaiserreich war; schwierig, weil es angesichts der inzwischen stark angewachsenen Literatur kaum noch möglich erscheint, sowohl der biographischen Seite mit allen ihren unerforschten Details, als auch der Einordnung in den wissenschafts- und politikgeschichtlichen Kontext voll gerecht zu werden. Kern hat in seinem Buch (einer Heidelberger juristischen Dissertation) das Gewicht stärker auf die biographische und äußere werkgeschichtliche Seite gelegt und mit bewunderungswürdigem Fleiß die weitverstreute Beseler-Literatur, aber auch eine Fülle ungedruckter Quellen verarbeitet. Damit liegt nun eine zuverlässige und alles Bisherige weit übertreffende Biographie vor, die als solche sicherlich lange Zeit ihren Wert behalten wird. Die vergleichende Einordnung von Beselers Werk tritt demgegenüber — wie gesagt: vielleicht unvermeidlich — allerdings oft zurück; hier bleibt noch viel Raum für künftige Untersuchungen.

Dem *Leben* Beselers widmet Kern S. 11-294 seiner Abhandlung. Er zeichnet zunächst — unter Verwendung einer Menge neuen, ungedruckten Materials — den Weg Beselers von der Schulzeit und dem Studium in Kiel und München, über die aus politischen Gründen gescheiterte Niederlassung als Advokat bzw. Dozent in Kiel, die erneute Promotion und dann Habilitation in Heidelberg bis zu der sich bald anschließenden Tätigkeit als Professor in Basel, Rostock und Greifswald nach. Mit Recht sehr ausführlich wendet er sich dann (S. 91-159) Beselers Wirken als Paulskirchenabgeordneter zu. Dabei entsteht ein anschauliches, freilich später nicht mehr systematisch zusammengefaßtes, Bild von Beselers politischen Vorstellungen und Aktivitäten, besonders von seiner Mitwirkung an den Grundrechten, die nach Kerns Urteil im wesentlichen «sein Werk» (S. 555) sind. Im ganzen wird Beselers Position charakterisiert als geschichtlich orientierte «organische Staatslehre» und einer «vernunftrechtlichen» Richtung (S. 97, 109, 128 und öfter) entgegengesetzt. Hier wäre wohl noch genauer darzustellen gewesen, was man unter der «vernunftrechtlichen» Staatslehre zu verstehen hat. Gewisse für die liberale naturrechtliche Staatslehre charakteristische Elemente, etwa die Vorstellung eines nicht mehr ständisch gegliederten bürgerlichen Einheitsstaates und die Trennung der Menschen- oder Grundrechtsfähigkeit von den politischen Rechten, sind wohl auch bei Vertretern der «or-

ganischen Staatslehre» anzutreffen, überhaupt liegt der Unterschied vielleicht mehr in der Denkhaltung als in den konkreten politischen Folgerungen. - Die folgenden Abschnitte behandeln Beselers politische Tätigkeit in Gotha, Erfurt und Berlin (hier als Mitglied des preußischen Landtages), sodann die weitere Greifswalder Professorentätigkeit, den — der Berliner Juristenfakultät aufgezwungenen! — Wechsel Beselers nach Berlin und sein dortiges akademisches und politisches Wirken. Es ist interessant und bisher wohl nicht ausreichend gewürdigt, daß sich Beseler nunmehr von seinem «zum Theil nicht ganz klaren Reformideen der früheren Zeit» etwas distanziert hat (S. 211). 1860/61 war er preußischer Landtagsabgeordneter und im beginnenden Heereskonflikt auf der konservativen Seite zu finden (S. 232), 1874-1881 Mitglied des Reichstages, wo er die Kulturkampfpolitik prinzipiell unterstützte (S. 238), durch seinen späteren Austritt aus der national-liberalen Fraktion aber stark an Einfluß verlor (S. 240 ff.). Ab 1874 wurde Beseler im preußischen Herrenhaus «zum Führer der liberalen Opposition» (S. 262) und übte beträchtlichen Einfluß aus. Kern hat diese parlamentarischen Tätigkeiten Beselers sorgsam aus den jeweiligen Verhandlungsprotokollen rekonstruiert, so daß wir nun auch über die weniger bedeutsamen Felder von Beselers politischem Wirken gut unterrichtet sind.

Beselers *Werk* wird S. 295-553 wiederum in chronologischer Folge behandelt, wobei Kern jeweils nacheinander Entstehung, Inhalt, Bedeutung und Wirkung der einzelnen Werke darstellt. Aus der Zeit bis 1840 ragt die dreibändige «Lehre von den Erbverträgen» heraus, deren Bedeutung nach Kern besonders in der strengen Durchführung der historischen Methode (S. 322) und in dem Weiterwirken der zentralen Lehren vom Erbvertrag und Erbverzicht (S. 333 ff.) liegt. Ob man von einer «erstmalig ... zufriedenstellende(n) Gesamthandslehre» (S. 333) sprechen kann, scheint mir aber zweifelhaft; Beseler mag einen neuen Beitrag zur Entzifferung des «Rätsels Gesamthand» gegeben haben, endgültig gelöst hat er es aber wohl kaum. - Neben einer Reihe kleinerer Arbeiten, die Kern, wohl mit Recht, zum Teil für unterschätzt hält, erweckt aus dieser frühen Zeit noch besonders Beselers Verteidigungsschrift für die Göttinger Sieben Interesse, Beselers «zupackendstes» Werk (S. 350).

Dem zentralen «Volksrecht und Juristenrecht» von 1843 gilt der längste Abschnitt der Werkdarstellungen (S. 371-421). Mit Recht, denn die wichtigsten rechtstheoretisch-rechtspolitischen Überlegungen Beselers sind in dieser Schrift vereinigt und haben durch sie in die Breite gewirkt: die Verteidigung des Volksrechts gegen das «Juristenrecht» der historischen Schule Savignys und Puchtas, das Eintreten für Laienbeteiligung in der Rechtspflege und für Gesetzgebung, die Entwicklung der Genossenschaftsidee. Was die innere Konsequenz und Originalität dieser Ideen angeht, scheint mir aber die Würdigung Kerns doch etwas

einseitig-parteilich zugunsten Beselers zu sein. Sicherlich ist Beselers Gedanke, das Recht müsse im Volksleben erforscht werden, eine Vorahnung der Rechtssoziologie oder wenigstens der Rechtstatsachenforschung. Aber Beseler hat im Privatrecht jedenfalls noch keine Rechtstatsachenforschung betrieben (auch Kern, S. 419, sieht nur im Zusammenhang mit Beselers Parlamentsarbeit eine Anwendung der « empirischen Methode », vgl. dazu S. 128, 141) und es bleibt eine offene Frage, wie sich das empirische und das (von Beseler durchaus festgehaltene) « konstruktive » Element der Zivilrechtsdogmatik bei ihm zueinander verhalten - eine Frage, die schon der zeitgenössische Rezensent Reinhold Schmid gestellt hat (S. 399) und auf die man bei Kern keine rechte Antwort findet. Im Hinblick auf Beselers spätere Revision seiner Genossenschaftslehre (im « System » 1847) hätte man wohl auch diesen Teil seiner Überlegungen etwas distanzierter betrachten müssen, als Kern es tut; jedenfalls beruhte insofern Thöls Kritik keineswegs nur auf « Unverständnis » (S. 405), sondern hatte gute sachliche Gründe.

Das « System des gemeinen deutschen Privatrechts » (S. 445 ff.) ist für Kern das « bedeutendste Werk Beselers » (S. 477). Aufschlußreich für Beselers Zielsetzung ist, daß er zunächst den gesamten Bestand des geltenden gemeinen deutschen und römischen (!) Privatrechts zusammenfassen wollte, dann aber doch die rein römischrechtlichen Institute ausnahm (S. 455 f.). Das « System » stellt aber immer noch einen bedeutenden Schritt auf dem Weg zur Wiedergewinnung der deutsch-römischen « Rechtseinheit » dar, ein Umstand, der wohl wichtiger ist, als der auch von Kern (S. 478) wieder betonte Terraingewinn für die Germanistik. Bemerkenswert ist, daß der schwachen Reaktion auf die erste Auflage des Werkes (S. 479 f.) später eine breite Aufnahme auch in der Rechtsprechung folgte (reiche Nachweise, S. 485-488), man kann vielleicht sogar sagen, Publizität und innerer Wert stehen beim « System » in umgekehrtem Verhältnis zueinander wie bei « Volksrecht und Juristenrecht ».

Nach dem « System » hat Beseler nur noch Arbeiten von geringerem Gewicht veröffentlicht, so daß die folgenden Abschnitte von Kerns Werkdarstellungen (S. 489 ff.) kürzer ausfallen. Es handelt sich um den Kommentar zum preußischen Strafgesetzbuch nebst weiteren strafrechtlichen Arbeiten, rechtsgeschichtliche Beiträge, darunter eine unvollendete Darstellung der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte (Teilstück eines gescheiterten Gemeinschaftswerks zur deutschen Rechtsgeschichte, S. 498 ff.), biographische, zivilrechtliche, öffentlich-rechtliche und völkerrechtliche Arbeiten, ein Gutachten für den Verein der deutschen Standesherrn und wenige politische Schriften. Unter anderem liest man überrascht, daß sich der alte Kämpfer für das Volksrecht 1864 gegen die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts ausspricht (S. 529) - auch hier also eine energische Abkehr von den

früheren « nicht ganz klaren Reformideen » (S. 211), die vielleicht eines etwas ausführlicheren Kommentars bedurft hätte.

Quellen- und Literaturverzeichnis (eine wertvolle Beseler-Bibliographie), Personen- und Sachregister beschließen das Werk. Gegenüber dem sehr ausführlichen Personenregister fällt das viel zu knappe, zweieinhalbsseitige, Sachregister stark ab. Es fehlen viele der wichtigen Gegenstände, mit denen Beseler als Politiker befaßt war (z. B. Wahlrecht, Zensus, Adel, [Erb-] Kaiser, Schutzzölle, Stände) und fast durchweg Stichwörter zur Methode (Methode, Dogmatik, Begriffsjurisprudenz, Konstruktion, historische Methode). Da Kern Beseler politische und methodische Vorstellungen an keiner Stelle des Werks zusammenfassend systematisch darstellt, sondern immer nur abschnittsweise im Zusammenhang mit bestimmten Werken oder Lebensabschnitten referiert werden, wäre es gut gewesen, wenn wenigstens das Sachregister einen raschen Zugang zu den einzelnen Fundstellen eröffnet hätte. Seine Lückenhaftigkeit erschwert daher die Arbeit mit dem Buch erheblich. Aber das ist nur eine am Rande liegende Kleinigkeit. Insgesamt muß man dankbar sein für diese Dokumentierung von Beselers Leben und Wirken, die ein zuverlässiger Ausgangspunkt für jede weitere Beschäftigung mit Beseler ist.

JAN SCHRÖDER

*Legal Philosophical Library. An International Bibliography of Philosophy and Theory of Law*, Edited by Carla Faralli and Enrico Pattaro. *Norberto Bobbio*, a Bibliography by Carlo Violi, Milano, Giuffrè, 1984, pp. ix+23, L. 16.000.

Nel 1984, in coincidenza con il 75° compleanno di Norberto Bobbio, sono state pubblicate due bibliografie dei suoi scritti. Un'altra ne era apparsa appena l'anno precedente. Le tre opere, che si pongono obiettivi diversi, obbediscono a criteri metodologici diversi e sono, di conseguenza, tre importanti strumenti di ricerca dei quali nessuno rende meno necessario il ricorso agli altri due.

L'opera che qui si recensisce, la bibliografia bobbiana edita per i tipi Giuffrè da Carla Faralli ed Enrico Pattaro dell'Università di Bologna, costituisce il terzo volume della serie *Legal Philosophical Library* di cui sono già apparse le bibliografie sulla filosofia e teoria del diritto danese e sulla filosofia e teoria del diritto svedese (entrambe CLEUB 1980); una serie che suscita grande interesse essenzialmente quale primo tentativo di mettere in contatto culture filosofico-giuridiche tra cui l'osmosi non era stata sinora granché significativa, e tra le quali anziché uno scambio si era avuto un flusso unidirezionale di cultura. Direi che a cominciare a rimediare al primo handicap appaiono intesi i primi due, ed al secondo handicap il terzo volume della serie.

Alla luce di questi intenti va considerato il bilinguismo dell'opera, di cui ogni informazione, ogni pezzo è ripetuto due volte, una volta in inglese ed una in italiano: un suggerimento che, per quanto poco possa attrarci, credo che prima o poi dovremmo tenere in conto se non vogliamo abbandonare la nostra lingua né rassegnarci ad accettare — e non reagire — la nostra prossima scomparsa dal livello del dibattito internazionale, se dunque non vogliamo rassegnarci, per troppo attaccamento al nostro passato, a non aver futuro.

Se confrontiamo la bibliografia bobbiana della serie con le altre due bibliografie delle opere di Bobbio più o meno coeve, ne cogliamo bene le caratteristiche specifiche (e con queste le caratteristiche specifiche delle altre due) che si giustificano perfettamente in considerazione degli obiettivi propri della serie. A differenza del lavoro di Patrizia Borsellino, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, Milano, Giuffrè, 1983, la nostra non privilegia un oggetto della riflessione di Bobbio, e non offre un resoconto del contenuto dei diversi titoli, ma occupa tutta l'area tematica (eccezionalmente vasta, come si sa) affrontata dall'autore. Usa però, a differenza dell'altra bibliografia, *Norberto Bobbio: 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti 1934-1983*, a cura di Carlo Violi, Milano, Angeli, 1984, un criterio selettivo, indicato dai curatori con queste parole: « Abbiamo tralasciato ... gli scritti di politica militante, gli articoli comparsi su rotocalchi e quotidiani, i pezzi tratti da interviste da ... [Bobbio] rilasciate, perché abbiamo ritenuto — ancorché talora non senza difficoltà — di poterli distinguere dalla produzione scientifica. Abbiamo inoltre tralasciato le recensioni (ma non gli articoli-recensione di una certa ampiezza, orientativamente oltre le cinque pagine), le rassegne di/da riviste, le schede comparse su notiziari bibliografici, gli scritti redatti in occasione di iniziative o di ricorrenze culturali (quali l'istituzione di un centro-studi o la nascita di una nuova rivista), i necrologi e le commemorazioni che non abbiano la consistenza di un articolo » (pp. 14-15). La scelta è più che legittima, e se ne può portare a testimonianza un passo della prefazione di Bobbio alla bibliografia edita da Angeli: « ... la bibliografia pecca, a mio parere, per eccesso. In questa età delle comunicazioni di massa e del trionfo dell'effimero, in cui diventano sempre più frequenti sino a diventare assillanti le sollecitazioni a esprimere un'opinione sugli avvenimenti del giorno ..., era proprio necessario registrare tutti gli articoli di giornale, le molte risposte a interviste ..., gli scrittarelli disseminati in pubblicazioni nate morte, diventate subito per sempre irreperibili? » (*Norberto Bobbio: 50 anni di studi ...*, cit., pp. 11-12). Certo era necessario se l'obiettivo privilegiato era quello della completezza assoluta. Nel seguito del passo appena citato Bobbio parla della difficoltà oggettiva di trovare un criterio di selezione. E difatti i curatori del terzo volume della *Legal Philosophical Library* ammettono — come abbiamo

appena visto — di aver riscontrato delle difficoltà nell'applicazione del loro criterio; ma non perciò hanno ritenuto di doversi esimere dal compito, trattandosi non di una questione meramente tecnica.

La bibliografia bobbiana curata da Faralli e Pattaro è, come i precedenti volumi della serie, un'opera di filosofia del diritto per filosofi del diritto, e non solo per quelli italiani o comunque in grado di intendere l'italiano, familiari ad ogni, anche assolutamente contingente, vicenda politico-culturale di casa nostra. E dunque, per offrire a questo pubblico testimonianza del segno impresso da Bobbio nella filosofia del diritto italiana (il volume che qui si recensisce è quasi un prologo per un futuro volume della serie dedicato alla filosofia ed alla teoria del diritto in Italia, cfr. p. 13) non sarebbe stato necessario né opportuno affiancare la produzione scientifica dell'autore ai tanti brevi scritti d'occasione e/o su sollecitazione o meramente informativi, e quindi confonderla con quelli.

Le stesse ragioni riconducibili ai caratteri peculiari alla serie danno conto della rinuncia pregiudiziale a ritagliare nella produzione scientifica bobbiana una sezione da intendere come « filosofia » o come « teoria » del diritto, ad esempio distinguendola dalla storia della filosofia, o dalla filosofia, o dalla filosofia della politica, o dalla scienza della politica, operazione i cui risultati sarebbero stati di sicuro più riduttivi che significativi, in quanto — per esempio — da fruirsi in aree culturali in cui le stesse, o simili, partizioni disciplinari non si ritrovano o non hanno lo stesso, o un simile, significato (cfr. pp. 2-3).

Il volume si apre con una introduzione dei curatori dedicata in larga parte alla enunciazione dei criteri che hanno presieduto allo svolgimento del loro lavoro (sui quali mi sono sin qui soffermata), e dei criteri per la fruizione dell'opera. Segue una nota biografica su Norberto Bobbio, che curiosamente (come fare a non ricordarlo?) termina con la frase « Non ha mai ricoperto cariche politiche » — Bobbio, com'è noto, è stato nominato senatore a vita nel luglio 1984, quando il libro era stampato —; e quindi un profilo scientifico dello studioso, che ne sottolinea le fondamentali scelte filosofiche e l'originalità e il valore dei contributi scientifici, profilo di cui è autrice Patrizia Borsellino dell'Università di Milano (la stessa autrice della bibliografia ragionata di Bobbio teorico generale del diritto). Si arriva così alla bibliografia vera e propria, cioè all'elenco dei titoli, che è il risultato di un lavoro di selezione ed ordinamento su dati già raccolti da Carlo Violi (al quale, non va dimenticato, si deve la prima bibliografia bobbiana mai pubblicata, *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio (1934-1964)*, in « Studi Senesi », 1965, pp. 121-186) e che è pure autore della terza bibliografia di questi anni, quella completa edita da Angeli). Un resistente filo dunque lega quest'opera alle altre due.

Nella bibliografia i titoli sono ordinati per anno, e all'interno di ogni anno per ordine alfabetico, con rimandi alle eventuali riedizioni,

o traduzioni, o raccolte. Seguono un indice per materia con raggruppamenti concettuali delle voci, ed un indice per autore-materia, cioè un indice dei nomi che compaiono nei titoli o nei sottotitoli della bibliografia. Chiude il volume un elenco con indirizzi delle case editrici e dei periodici citati nella bibliografia.

LETIZIA GIANFORMAGGIO

Mario G. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, Teil 1*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, Seiten xxii-693; *Studien zu Jhering und Gerber, Teil 2*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, Seiten xiii-432.

Nell'anno 1977, a Milano presso l'editore Giuffrè, e per cura di Mario G. Losano, apparve un ampio volume dal titolo *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*. Di esso dette ragionata notizia, su questa rivista, Maurizio Fioravanti (*Un frammento di storia della cultura giuridica dell'Ottocento tedesco*, «Quaderni fiorentini», 7 (1978), pp. 545-564), che lo commentò inserendo le idee dei due giuristi tedeschi nel dibattito teorico ottocentesco sui rapporti fra diritto, società, stato. In quel volume venivano presentate, nella traduzione italiana di Valerio Pocar, le lettere scambiate tra Jhering e Gerber ora presentate nel testo originale tedesco. Era un'anticipazione alla cultura italiana, che ben si giustificava pensando alla fortuna di Jhering nel nostro paese, e della quale si dovè esser grati all'iniziativa del benemerito curatore, egli stesso, come ben si sa, studioso di Jhering e suo traduttore (si ricordi *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972). Il volume del 1977 comprendeva, oltre al carteggio, uno studio introduttivo di Losano, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, le bibliografie ragionate di Jhering e di Gerber, infine uno studio di Ermanno Bonazzi su *La fortuna di Jhering in Italia*.

I due volumi dell'edizione tedesca rappresentano un corpo di scritti più ampio ma anche diverso rispetto all'edizione italiana. Manca, come è comprensibile, lo studio di Bonazzi sulla fortuna italiana di Jhering. Per converso, oltre al carteggio, costituente il primo volume, sono più ampi gli studi critici, compresi nel secondo volume e rivolti con pari attenzione alle figure di Jhering e di Gerber, mentre nell'edizione italiana prevaleva l'attenzione per Jhering. Vediamo così che il secondo volume contiene, notevolmente ampliato rispetto al preannuncio italiano del 1977 (che occupava le pp. xvii-lxvii), lo studio generale di Losano sul rapporto fra i due giuristi. Quello che nell'edizione italiana era uno studio introduttivo al carteggio, diventa ora un autonomo, più ampio studio che confronta i due giuristi, le loro

opere, le loro idee e la loro influenza sul pensiero giuridico (*Jhering und Gerber in ihren Briefen und Werken*, pp. 1-206). Troviamo inoltre le bibliografie di Jhering e di Gerber, notevoli per ricchezza e rigore, e comprensive delle traduzioni (numerossime furono le traduzioni di opere di Jhering in varie lingue), dei manoscritti, delle opere poligrafate di Jhering, dei documenti relativi all'attività politica di Gerber, di ragguagli iconografici sui due autori. Infine, utili e precisi sono i dati biografici e gli schemi familiari dei due autori; ed importante l'elenco delle opere da loro menzionate nelle lettere qui pubblicate. Completano l'opera i registri delle persone e degli argomenti, elaborati con riguardo sia al carteggio sia agli studi raccolti nel secondo volume.

Come si vede, i materiali e gli studi critici compresi in questi volumi ci offrono uno squarcio molto importante della cultura giuridica tedesca del secolo scorso. Gli anni dell'amicizia tra Jhering e Gerber, infatti, sono anche gli anni della loro affermazione scientifica e della loro collaborazione come direttori degli « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* ». La crisi che si ebbe nei loro rapporti scientifici si può far risalire al 1865, l'anno dei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, di Gerber, che segna l'avvio di una nuova visione dei compiti del giurista nella moderna realtà politico-sociale, con l'affermazione di una più stretta congiunzione tra diritto e politica ed il conseguente abbandono della supremazia del diritto privato nel cosmo giuridico. Dopo quell'anno, la corrispondenza continua, per interrompersi nel 1872, quando Gerber lascia la carriera accademica per la vita politica: scienza e politica allora si separano in due destini anche personalmente distinti (pur nel sicuro permanere di sentimenti di amicizia). Il lavoro di Losano è frutto di un'attentissima esplorazione nel mondo culturale dei due giuristi, e di una esperta indagine filologica, biografica, bibliografica, ed ha il merito di consentire (e di favorire con i suoi studi critici) l'accostamento diretto a fonti di notevolissimo rilievo per la comprensione dei problemi teorici della moderna scienza giuridica.

Il rapporto fra Jhering e Gerber può esser visto come rapporto fra romanistica e germanistica. In certo senso, le vicende intellettuali dei due giuristi racchiudono in sé l'indole, i problemi, le evoluzioni, che furono propri dei due rami della scienza giuridica. La storia della precedente cultura giuridica aveva registrato la collaborazione ma anche la lotta fra i due rami scientifici. Savigny e Eichhorn avevano collaborato nella « *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* », a indicare il comune terreno in cui potevano vivere e svilupparsi i due distinti materiali giuridici, all'interno della indubbia supremazia del diritto romano come regolazione dei rapporti essenziali e fondamentali fra i singoli. Jacob Grimm, che tanto rappresentò e fece nel dissodamento, nella scoperta, nella raccolta e organizzazione del disperso materiale giuridico germanistico, pensò sì che questo dovesse essere

rivitalizzato e ricevere il suo onore, ma non che ciò dovesse avvenire con la negoziazione del diritto romano e dei suoi pregi. Egli paragonava un simile intento a quello di chi avesse inteso estirpare, dalla lingua inglese, le parole di origine romanza per lasciarvi soltanto quelle di origine sassone. Non così avrebbero ragionato i germanisti della successiva stagione culturale degli anni che prepararono il 1848 e le sue battaglie politico-costituzionali. Georg von Beseler, August Ludwig von Reyscher, volevano una rinascita popolare nell'ambito della vita giuridica, che ponesse da parte la supremazia romanistica come eredità di una prevalenza del ceto giuridico, ed avviasse quindi una esperienza giuridico-costituzionale nuova nel metodo e nei contenuti. Tutta la collaborazione tra Jhering e Gerber fu segnata invece da un carattere diverso. Il diritto privato-romano, come già per la generazione di Savigny e di Eichhorn, fu la prospettiva comune in cui far vivere le proprie distinte ricerche; ed in più, con una tecnica giuridica che intendeva essere più moderna, scaltrita, fornita di un'efficacia che facesse fronte ai nuovi rapporti giuridico-economico-politici. La collaborazione alla nuova rivista, i ricordati « Jahrbücher » (che ora il materiale edito da Losano permette di seguire analiticamente nelle sue fasi), sarà appunto contraddistinta da questo intento comune, che potrebbe essere detto teorico-pratico. Nel 1857, nel primo numero del nuovo organo scientifico, quelle intenzioni si rivelavano e cominciarono a realizzarsi con continuità e sistematicità. A quella collaborazione pubblica, i due giuristi giungevano dopo anni di avvicinamento metodologico e culturale. Jhering aveva già pubblicato, nel 1852, il primo volume del *Geist des römischen Rechts*, e nel 1854 la prima parte del secondo volume; la seconda parte sarebbe seguita nel 1858; e nel 1865, la terza parte avrebbe poi aperto nuove vie, ed anche mostrato, per l'avvento della impostazione realistica, la divergenza metodologica da Gerber, pur lui avviato a nuove esperienze. Gerber, dal canto suo, aveva già pubblicato, nel 1848 il *System des deutschen Privatrechts* (che ebbe ben sedici edizioni in vita dell'autore) e nel 1852 la trattazione, così ricca di influenza storica, *Über öffentliche Rechte*; nel 1865, cioè nello stesso anno della terza parte del *Geist* di Jhering, sarebbero apparsi i *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, che avrebbe avviato la individuazione di una autonoma giuridicità del diritto pubblico. A queste due opere del 1865, di Jhering e di Gerber, conviene fermare questi accenni, perché con esse veniva in luce la divergenza metodologica dei due studiosi, che fin lì avevano concordemente operato, nel comune orizzonte metodologico della tradizione romanistico-privatistica, per un rinnovamento delle loro rispettive aree scientifiche nel senso dell'adeguazione ad una realtà storica più complessa e articolata. Il carteggio tra i due studiosi copre gli anni 1849-1872, ma gli anni di più intenso scambio di idee creative sono anteriori al 1865. Il materiale raccolto da Losano e i suoi studi critici permettono

di seguire questa preparazione comune e questo maturarsi delle diverse prospettive; e in tal senso si può dire che gli studiosi dovranno spesso tornare a questi testi, per vedute d'insieme e per indagini particolari sulla genesi di singole opere e di singole dottrine. Per completare il quadro dell'attività dei due giuristi nei loro momenti più significativi, occorre ricordare che Jhering (1818-1892) avrebbe tenuto nel 1872 la conferenza *Der Kampf um's Recht*, destinata a così grande e magari fraintesa notorietà, e nel 1877 avrebbe pubblicato *Der Zweck im Recht*: opere, soprattutto la seconda, nelle quali si sarebbe realizzata la svolta realistica, quella del secondo Jhering (come spesso è stato detto, forse dimenticando le premesse che maturavano nella lunga elaborazione dei vari volumi del *Geist* e nella connessa meditazione del diritto romano). Occorre inoltre ricordare che Gerber (1823-1891), dopo i *Grundzüge*, si sarebbe dedicato ad una attività politica sempre più intensa, riducendo proporzionalmente l'attività scientifica. In queste due vite parallele, gli anni dell'intenso carteggio furono quelli della invenzione dei rispettivi mondi di pensiero, della comune tendenza alla costruzione giuridica, in un senso che può ben dirsi realistico.

Se parliamo di costruzione giuridica realistica, definiamo forse in modo chiaro ed esauriente l'ambito comune degli sforzi dei due giuristi: movendo dall'orizzonte romanistico-privatistico, essi vollero dar vita ad una giurisprudenza produttiva, che traducesse costantemente in termini giuridici (scientifici e insieme normativi) il divenire storico-sociale. Proseguiva in tal modo, in condizioni mutate, l'insegnamento più profondo della scuola storica, dagli inizi di Hugo, a Savigny, a Puchta. Grazie a tal metodo si poteva far fronte alle nuove esigenze: acquisire alla sfera del diritto scientifico i nuovi ambiti della vita storica (economica, sociale, politica); creare nuovi rami della scienza giuridica, che si sarebbe aperta al moderno differenziarsi della vita sociale dimostrando tutte le potenzialità dell'insegnamento romanistico. Una lettera di Jhering del 12 marzo 1853 (vol. I, pp. 63-66) esponeva all'amico il progetto scientifico che avrebbe dovuto ispirare la nuova rivista: allargare l'orizzonte scientifico dalla scienza romanistica alle nuove materie della realtà giuridica della Germania; così facendo, trasformare lo stesso diritto romano nel comune metodo giuridico di ogni materia trattata. In quegli anni, e poi parallelamente alla vita degli « *Jahrbücher* », si sarebbe approfondito quel programma di una giurisprudenza creativa, vera trasfigurazione omnilaterale della giurisprudenza romanistica, con quel suo primato che era stato teorizzato, in anni più classici e in una condizione storica più statica, dal puro romanista Savigny.

Eppure, se tutto questo è vero, e se le diverse imprese scientifiche dei due giuristi nascevano dal comune terreno della tradizione privatistica e romanistica, pure v'erano tra essi diversità tendenziali notevoli. Jhering, con tutta la sua modernità di toni, con il suo interesse

così moderno per la scientificità naturalistica, rimase sul terreno del diritto privato, al quale dette la più moderna e la più elastica delle potenzialità regolative. Egli trasformò lo strumentario concettuale della scuola storica grazie al proprio itinerario rinnovatore entro l'atmosfera scientifica positivista. Con le sue analogie chimiche, parlò di costruzione e di sistema in un modo più accessibile alle menti e più rispondente alle esigenze dell'epoca. Nel suo periodo realistico-teleologico, aprì la strada alle tendenze sociologiche della giurisprudenza del nostro secolo. Non per nulla, la sua influenza è stata così vasta nel mondo, nelle culture più varie, nei diversi ambiti linguistici, ed egli è divenuto per eccellenza giurista del mondo moderno. Però rimase scienziato del diritto nella prospettiva privatistica. Il diritto privato, come già aveva pensato la scuola storica, era l'unico diritto che potesse dirsi veramente tale, e che valesse a regolare i vari rapporti fra gli uomini e i gruppi. Mentre Gerber pensava le categorie dei diritti pubblici soggettivi, e poi meditava sui possibili lineamenti di una sistemazione giuridica della realtà statale, Jhering rimaneva attaccato saldamente alla sua visione pan-privatistica del diritto; però potenziandone al massimo le categorie, dilatandone l'applicabilità agli ambiti più vasti, e rinnovando tutto l'armamentario concettuale della scienza giuridica e trasformando questa, dalla fisionomia classica che le aveva dato Savigny, nella fisionomia moderna, asciutta, quasi-tecnocratica, di una scienza giuridica valida per i traffici del mondo.

Se Jhering veniva maturando questa trasformazione dall'interno della metodologia giuridica privatistica, dischiudendola alle novità storico-sociali, dal lato opposto Gerber, più immediatamente politico, nel suo modo di pensare prima che nella sua vita attiva, pensava ad inventare una nuova dimensione giuridica con la sua dottrina pubblicistica. Nel commento prima ricordato all'edizione italiana del carteggio Jhering-Gerber, Maurizio Fioravanti poneva in luce questo confronto fra i due giuristi, vedendovi le risposte diverse alla crisi di una medesima concezione (*ivi*, p. 559). Gerber si allontanava dal diritto privato, per fondare dogmaticamente, *juxta propria principia*, il diritto pubblico; non credeva più alla onnipervasività del diritto privato, che era stata il credo scientifico comune a lui e a Jhering. Affermazioni in questa direzione si colgono nelle lettere di Gerber degli anni che precedono i *Grundzüge*. La situazione della letteratura giuridica pubblicistica non lo soddisfa, gli appare esposizione non-scientifica, perché priva di vera ed autonoma elaborazione dogmatica. Si trattava per lui di fondare la giuridicità dello stato. Savigny voleva il primato del diritto nella vita associata, ma pensava in modo privatistico, e su quella linea era rimasto anche Jhering, pur con la sua modernità culturale, concettuale, metodologica. Gerber voleva invece costruire la specifica giuridicità dello stato. Scriveva bene Fioravanti, al quale ci siamo riferiti: « La storia del rapporto tra i due giuristi non

è solo storia della reazione antiformalistica di Jhering, ma anche della crisi del primato storico del diritto privato, attraverso l'opera di Gerber: si colloca anche in questo secondo senso alle origini dei problemi dell'odierna scienza giuridica » (*ivi*, p. 564).

Costruire un unico diritto, antiformalistico, avente il primato su tutta la vita associata e valido per tutte le sue sfere, fu la soluzione di Jhering, rinnovata negli strumenti rispetto alla soluzione di Savigny. Prendere atto che lo stato ha una sua propria logica non riconducibile al diritto privato, e quindi costruire lo stato secondo una sua propria e diversa giuridicità, fu la soluzione di Gerber. Ma è davvero possibile parlare di diritto in entrambi i casi, conservando alla parola diritto un ambito di significato ragionevolmente unitario? Se vogliamo riferirci ad un'espressione filosofica dei due punti di vista, possiamo pensare, come in tanti casi di visioni alternative di problemi della vita associata, a Kant e a Hegel: certamente rinnovati nei loro termini concettuali specifici ma mantenuti nella loro ispirazione fondamentale. La tesi del primato di un unico diritto è la tesi stessa del primato della ragione nel suo uso pratico (latamente morale) e continua l'ispirazione kantiana; la tesi di una specifica natura del diritto statale è la tesi di una visione differenziata di logiche specifiche ai vari modi e ambiti della vita associata, che dette luogo alla costruzione hegeliana di sfere giuridiche consecutive e destinate a successivi superamenti, fino alla sfera suprema del diritto statale (e poi del diritto esercitato sugli stati, in un momento storico, dallo spirito del mondo). Ma la parola diritto non ha più lo stesso significato di espressione normativa derivante dalla ragione di uomini singoli con la loro ragione e la loro volontà; il diritto è una logica immanente a ogni sfera della vita di relazione, e in questo senso si può usar la parola 'diritto' anche per il diritto dello stato, ma ricordando che questo diritto è tale che subordina a sé l'altro diritto, degli uomini che come uguali hanno tra di loro rapporti nella società. Questo diritto statale traduce e razionalizza la vita politica nei suoi equilibri storici di più lunga durata; e può esser considerata saggezza realistica l'aver preso atto di questo diritto, che è tale in senso irrimediabilmente diverso dal diritto privato: ma è un realismo assai diverso da quello che costituì l'originalità di Jhering e di cui fu intessuta la sua visione generale di un diritto dagli stessi lineamenti logici validi per ogni ambito.

Si hanno in tal modo due reazioni antiformalistiche, che si sviluppano muovendo da un originario terreno comune ma assumendo fisionomie progressivamente diverse. C'è la modernità sociale e politica della reazione antiformalistica di Jhering, che dal concettualismo costruttivistico del primo periodo muove, non incoerentemente, verso il realismo teleologico del secondo periodo. Tra i suoi caratteri sono i motivi dell'individualismo, della lotta, dell'interesse, come motivi essenziali all'universo giuridico: la si potrebbe dire una visione 'so-

cietaria' del diritto, ma entro certi termini, perché quel diritto, pur con tale sua genesi e con tali suoi caratteri, conserva il primato sulla vita associata. L'analisi di Losano, in questo libro e nei suoi libri precedenti, pone in luce felicemente questi aspetti costitutivi della visione giuridica di Jhering, e lo fa con la consapevolezza del rilievo di questa dottrina per i vari sistemi giuridici del mondo moderno. C'è poi la modernità per altro verso e in altro senso realistica e politica di Gerber: dove la politica suona più come dimensione che sovrasta gli uomini (se non come destino). È una sfera di vita da razionalizzare cogliendone la specifica struttura o funzione; si potrebbe anche dire, cogliendone la istituzionalità. Dietro questa visione c'è molto della tradizione filosofico-politica di un organicismo comunitario non solo hegeliano ma più ampiamente romantico, ricco di influenze sulla scienza pubblicistica e sulle scienze sociali. Si leggano le espressioni con cui Gerber illustra il « sistema del diritto pubblico », con la esposizione di una successione di gradi, secondo una diversa e particolare natura della loro potenza specifica, ma si potrebbe dire della loro specifica giuridicità: 1) diritto del monarca, 2) diritto dei funzionari, 3) diritto dei sudditi. Sono questi i *Glieder des Staatsorganismus*, con specifici diritti (in senso oggettivo) di quelle diverse sfere (vol. 2, pp. 141-148; specificamente, p. 143).

Losano ci offre un materiale prezioso e ordinatissimo, e ci pone in condizione di seguire queste due diverse strade imboccate dal realismo nella scienza giuridica del secolo scorso. I suoi studi, quelli raccolti nel secondo volume e quelli che ci ha dato in precedenti occasioni, guidano con chiarezza analitica, e mostrano con acume i rapporti culturali e le influenze esercitate sulla attuale civiltà giuridica. Certe connessioni tra vicende della vita culturale e vicende politico-sociali hanno talora la rigidità dei collegamenti marxistici di struttura e sovrastruttura (vol. 2, pp. 2-3, e *passim*); forse influenza dei giuristi sovietici che pur hanno accolto nelle loro dottrine l'insegnamento di Jhering (come Stučka), ai quali Losano dedica una specifica attenzione (vol. 2, pp. 157-163). Appaiono fondazioni metodologiche non necessarie, che suonano come stonature rispetto alle meritorie chiarificazioni che l'indagine di Losano ha portato, qui come altrove, su aspetti e vicende centrali della cultura giuridica.

GIULIANO MARINI

L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 428.

A voler cercare nella raccolta dei saggi un motivo conduttore, nella ricchezza dei temi e nell'ampiezza del contesto culturale, sembra giusto indicarlo nel pluralismo. La parola è oggi tra le più correnti del

linguaggio politico ma non è estranea al vocabolario del giurista, dove viene riferita in primo luogo al pluralismo sociale: è perciò agevole comprendere come il concetto sia dominante nella seconda parte del libro, dove esplicitamente compare nel titolo 'persona, conflitto sociale, pluralismo', e nella terza, dedicata all'impresa ed al rapporto di lavoro e perciò interessata alle modifiche di struttura dell'una, ed alla nuova conformazione del rapporto, e cioè a fenomeni e vicende legati alla decisiva presenza ed al ruolo del sindacato. Nell'accezione di carattere più strettamente ideologico il pluralismo è inteso come un modo di accostarsi ai problemi e di vedere la realtà; allora diviene chiave di lettura della prima parte del libro, sul metodo giuridico. Vi si ritrovano i termini di un dibattito che registra le voci più significative della dottrina tedesca — ma il 'dialogo' tra Gadamer e Betti prospetta il non trascurabile apporto della nostra più solida tradizione — e si piega a raccogliere suggestioni di singolari esperienze quale fu la meditazione di Michel de Montaigne.

Non è dunque arbitrario, nel disegno dell'autore e nell'indicazione di chi gli si accosta, parlare del pluralismo, sia come teoria, sia come modo di porsi verso la realtà, secondo significati e modelli che attraversano l'intera antologia. Si è portati, naturalmente, a guardare in maniera più immediata al pluralismo sociale, sul quale M. reca il contributo vigoroso ed articolato che gli deriva da una costante consuetudine di studio del diritto sindacale, oltre che delle materie del lavoro e dell'impresa. Il fenomeno sindacale viene da lui considerato e ricomposto secondo i concetti e le tecniche che sono propri del diritto privato, poiché M. appartiene al gruppo dei civilisti — di quella generazione era uno dei più giovani — che ne hanno costruito la disciplina dopo il fallimento dell'età corporativa e le illusioni suscitate dalla formula costituzionale. Nel fondarla quegli studiosi attinsero dalle categorie del diritto privato su cui si erano solidamente formati. Ma è tratto comune alle riflessioni sul metodo la medesima preparazione civilistica; si vede quindi confluire una matrice eguale e nelle pagine sul sindacato, sensibili alla dimensione economica e politica dei fatti, ed in quelle di teoria generale, dove prevalgono argomentazione logica ed esigenza costruttiva.

Si è detto come la seconda parte guardi ai soggetti collettivi sociali nel momento della collaborazione e, come accade con maggior frequenza, nella fase del conflitto, per scorgere nell'idea pluralistica il criterio più appagante di soluzione. Più che di scioglimento dei nodi sembra opportuno parlare di 'mediazione', e porre in luce il momento della partecipazione accanto a quello del contrasto. Si ritrovano allora nella pagina di M., con trasparente evidenza ed esemplare chiarezza, temi di antica origine e di ricorrente attualità: la vocazione contestativa dell'associazione sindacale operaia che rischia di stemperarsi o disperdersi in tentazioni di tipo 'istituzionale'; il rapporto tra legge

ed autonomia collettiva; l'esercizio del potere politico statale sotto l'incidenza o la pressione dei gruppi, in forme storicamente sperimentate o proposte da testi normativi o convenzionali, senza trascurare quelle che possono suggerirsi come le più rispettose della libertà del sindacato.

La concezione del mondo, ed in primo luogo dei rapporti economici, che ispira M. è quella cattolica, ma di un cattolicesimo che non solo rifiuta forme di aggregazione e regimi dei rapporti sociali conosciuti sotto quell'etichetta (non vi è alcuna nota di nostalgia e nemmeno di tenue memoria del corporativismo), ma si muove nel segno del riconoscimento del conflitto e dell'indicazione della linea del pluralismo, senza fughe dalla storia o abdicazione alla lotta. La componente più viva del pensiero cattolico sul diritto sta nel rivendicare il valore della persona, in un discorso che vede l'individuo, delle varie esperienze che lo toccano, nella trama dei rapporti di lavoro. La stessa lettura dell'enciclica *Laborem exercens*, che muove dalla ricognizione del contrasto tra tecnologia ed umanesimo e dalla lacerante divisione dell'uomo *faber e sapiens* della vecchia contemplazione, è condotta lungo questo itinerario, quasi un ammonimento al capitalismo ed alla cultura industriale a ricondurre il lavoro (e, sullo sfondo, il processo produttivo) a 'problema' dell'essere umano, così promuovendosi un comune impegno di umanesimo cristiano e laico.

L'immagine e le ragioni del singolo dominano le pagine dettate sulle varie età della vita, pagine attente ad un sistema che si è andato evolvendo dall'indifferenza e dal livellamento — che appiattivano nell'eguaglianza formale, le necessità materiali ed il bisogno, la malattia e l'infortunio — verso tutele rapportate alle personali condizioni, e proprio dal diritto del lavoro ha ricevuto, se pensiamo ai minori, alle donne, alla legislazione previdenziale ed al regime pensionistico, spinte radicali a modificarsi.

I saggi di chiusura del libro portano alla luce con insistenza il tema della persona, poiché la mutata struttura dell'impresa, il declino del potere disciplinare, il nuovo atteggiarsi del rapporto ove si attenua la formula dello scambio a vantaggio del momento organizzativo, i limiti che allo stesso potere organizzativo e di direzione sono segnati dal nuovo 'corso' delle relazioni industriali e dallo Statuto dei lavoratori, riposano, per chi abbia con M. una visione cristiana della storia e del diritto, sull'accresciuta dignità umana.

Ma di M., si è già detto, si apprezzano sempre la conoscenza critica della realtà ed il sentimento della storia, oltre al rispetto dei dati positivi. Perciò, in una analisi lucida che sa divenire intransigente e spietata, si trovano registrati fatti contraddittori e tuttavia tipici del nostro tempo, come avviene a proposito della configurazione del lavoratore subordinato come portatore di uno *status*, al di là e prima del concreto

rapporto che istituisce col datore di lavoro, e del sempre più accentuato distacco dal datore in ragione della garanzia di stabilità del posto.

La strada che M. suggerisce di percorrere, e che raccomanda ai sindacati, è — proprio in ragione delle non risolte ed aperte ambiguità delle forme giuridiche, e della stessa materia economica che ne risulta condizionata — una via di equilibrati compromessi, destinati a concludersi in accettabili modi di partecipazione. Essi potrebbero calarsi nella previsione costituzionale della cogestione o, più opportunamente, adeguarsi a meno rigidi moduli: perciò M. vede già mitigata la formula dello scambio, nel rapporto di lavoro, da elementi associativi, ed un approdo più ampio e saldo in quel senso gli appare auspicabile. Il discorso sulla partecipazione — sollecitato pure (in uno scrittore che non nasconde giudizi e timori di stampo liberale e conservatore) dall'idea che al potere direttivo dell'imprenditore corrisponda e si opponga spesso un antagonistico potere sindacale immune da responsabilità e da rischio — viene svolto del resto sia muovendo dalla considerazione dell'impresa, dove gli schemi formali della proprietà e del mandato sopravvivono come ombre alle nuove concezioni ed alla modificata coscienza dei *managers*, sia partendo dalla posizione dei sindacati.

Sotto l'ultimo aspetto la tesi di M. è di drastica, severa semplicità quando vede i sindacati innanzi ad una ineludibile e decisiva scelta: «o accettare il completamento del progetto costituzionale, e quindi un nuovo intervento legislativo che integri lo 'Statuto' nel principio dell'art. 46, con la contropartita, da parte degli imprenditori, dell'accettazione di un concorso dei lavoratori alla determinazione degli obiettivi della produzione e dei criteri di ripartizione dei profitti nel quadro di una programmazione democratica dell'economia nazionale; oppure instaurare un nuovo sistema economico di tipo collettivistico, con conseguente mutamento del regime politico-costituzionale in senso autoritario ».

Le parole trascritte sembrano affidare alla cogestione, sia pure aggiornata e flessibile, il compito di evitare la caduta o il declino del pluralismo; ma le convinzioni e l'ideale di M. sembrano più fedelmente rispecchiati, e suscitano allora più agevolmente l'adesione piena del lettore, dove, e ripetutamente, egli indugia sulla consultazione come metodo partecipativo, o adombra una più impegnativa presenza nelle forme del patto sociale, e soprattutto dove avverte la necessità che il sindacato elemento interno al sistema dei rapporti di produzione, non concluda tuttavia la propria parabola col rimanervi integrato.

La lettura di M., già suggestiva per la misura — ricca, mai superflua, sempre controllata — in cui il giurista dimostra di saper ricevere e trasmettere esperienze di discipline contigue, è testimonianza dell'itinerario che molti giusprivatisti, della generazione che si è ricordata con rispetto e devozione della memoria, hanno compiuto. I rilievi accennati a proposito della mediazione dei conflitti e dei modelli parte-

cipativi potrebbero ripetersi, con i necessari adattamenti, per il rapporto tra legge ed autonomia collettiva: anche stavolta dall'esaltazione dello strumento negoziale, insofferente e concretamente capace di emanciparsi dai limiti di efficacia della privata autonomia, e dalla positiva segnalazione dei fatti di 'supplenza' sindacale si è progressivamente determinata una larga attitudine a rivalutare la necessità dell'intervento legislativo, a cominciare dalla disciplina della mediazione pubblica dei conflitti.

La parziale 'conversione' della dottrina — s'intende, dei giuristi di vera estrazione civilistica, ai quali M. appartiene per il magistero assiduo e stimolante che vi esercita — si compie in verità anche nei confronti dei sindacati, quando si mettono in discussione le elementari forme associative dell'ordinamento intersindacale o si sollecitano il ripristino o la proposta di strumenti nuovi di democrazia rappresentativa nelle aziende. Al di là della valutazione degli indirizzi più recenti — ma il libro di M. è anche eccezionale documento della civilistica italiana che nell'ultimo trentennio, e già prima, ha costruito il diritto del lavoro — deve convenirsi con M. nel ritenere che « conflitto e collaborazione sociale sono tipi ideali tra i quali nella realtà sociale esiste un *continuum* » e che « l'evoluzione in atto tende ad integrare nel sistema un grado più elevato di cooperazione nella forma di negoziazioni più aperte ad una logica di mediazione che a una logica antagonistica ».

Ma sull'impresa, sul lavoro dipendente, sul sindacato e sul conflitto sociale M. non rende solamente una lezione che segue lo svolgimento della dottrina privatistica nelle materie indicate e prospetta le ragioni del pluralismo, nella consapevolezza della funzione e dei limiti dei gruppi e quindi del loro rapporto con l'ordinamento statale. Il libro, accostando contributi diversi per epoca, occasione e motivi ispiratori, è anche un insegnamento di metodo. Anche sotto questo profilo si giustifica il legame che l'a. istituisce tra i saggi di diritto sindacale ed i contributi al dibattito su sistema e problema. Taluni saggi, e così quello sulla vita materiale, si chiudono con l'espreso richiamo all'esigenza che il pensiero sistematico rinunci alla pretesa dell'unicità del criterio di giudizio e di soluzione.

L'attitudine di M., che coincide con l'animo dei più avvertiti giuristi contemporanei, è a ragionare 'per problemi', alla stregua di una 'topica' riscoperta con singolare acutezza (e rispetto a Viehweg è ammirevole così l'adesione come la rimediazione critica) e della 'precomprensione' illustrata da Esser alla luce dell'insegnamento luhmanniano. La fedeltà alla tradizione, che ancora una volta strettamente si lega ad una visione politica da 'illuminato' giurista di ispirazione 'moderata', porta tuttavia a rivendicare la pretesa del 'sistema', quasi a ribadire il senso che a suo tempo rivesti la stagione

della giurisprudenza degli interessi e più tardi rappresentò la riscoperta del rigore concettuale.

La saldatura tra le parti del libro avviene nel segno della non esclusività, del negato monopolio dell'intervento legislativo, che è già una maniera di esprimere la vocazione pluralista. Ma la mera ' prerogativa ' riconosciuta al legislatore non solo lascia spazi costruttivi dell'ordinamento e del sistema all'autonomia dei gruppi; apre anche al giudice, sia pure nel limite segnato dai ' valori ' (ed in primo luogo da quelli di rango costituzionale), un campo che non è solo di scelta e di controllo, ma passa, prima ancora, attraverso l'intuito e la prefigurazione degli esiti della sua attività, a fronte dei conflitti che chiedono soluzione nella concreta esperienza. Nel saggio, di estrema finezza, dettato su Montaigne vi è, su sistema e problema, una frase che potrebbe costituire il ' manifesto ' della metodologia seguita (se si vuole usare una parola, *manifesto*, che per la discrezione ed il tono sofferto del libro sarebbe respinta da M.). Vi si legge che « il metodo del pensare per problemi non può separarsi dallo strumento del pensiero sistematico, se vuole non solo percepire i problemi, ma conoscerli nei loro nessi universali, possederne una visione complessiva, se vuole, cioè, saperli impostare ».

PIETRO RESCIGNO

Laura MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, Carucci ed. (Quaderni di Clio, 3), 1984, pp. 361.

I. È osservazione diffusa nella storiografia meno recente che l'opera di Savigny entrò con ritardo nella cultura giuridica italiana, interessò dapprima studiosi isolati, poco numerosi e non sempre influenti, per alcuni decenni stentò ad imporsi come riferimento essenziale nei dibattiti della scienza <sup>(1)</sup>. Tale valutazione, in sé non del tutto inesatta, ha origine tuttavia, più che in ricerche storiche analitiche ed esaurienti, delle quali si è lamentata a lungo la scarsità o l'assenza <sup>(2)</sup>, nelle ricognizioni compiute dai giuristi tra otto e novecento sullo

(1) Si vedano per tutti i giudizi molto netti di B. BRUGI, *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Saggi*, Torino 1915, p. 20; e B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio* (1946), ora in *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, p. 106.

(2) Un rapido tentativo di spiegare tale lacuna storiografica è in L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in « Studi storici », 1974, n. 1, p. 3 ss.; e nel mio *Problemi e correnti di storia del diritto*, in « Studi storici », 1976, n. 3, p. 5 ss. V. ora comunque E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1981, vol. I, p. 785 ss.; A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (sec. XVI-XVIII)*, Milano 1983, con spunti sull'argomento.

stato delle rispettive discipline e sui loro compiti « attuali ». Essa pertanto si accompagna spesso al giudizio fortemente negativo sulla giurisprudenza italiana della Restaurazione e del periodo preunitario, divenuto corrente nelle università e nelle scuole sul finire del secolo. Tale giudizio pare oggi da rivedere, sia ponendo in luce il nesso che lo legava alle opzioni teoriche di diritto positivo di quanti lo formulavano, sia riprendendo l'esame storico delle fonti dell'epoca considerata. Occorre, in altri termini, da un lato chiarire quanto l'interpretazione del proprio passato, fornita dai giuristi, dipendesse dal tentativo di fissare una tradizione coerente con le scelte adottate per superare la « crisi dello Stato liberale » (3), e ne fosse anzi parte integrante; dall'altro rileggere con occhio sgombro la produzione del primo ottocento ed utilizzare documenti preziosi, ma finora insufficientemente sfruttati: le riviste, le traduzioni, i carteggi.

Si tratta di un lavoro faticoso, ma non deludente. Ne sono prova alcuni sondaggi degli ultimi anni, che già disegnano un profilo più mosso della giurisprudenza di quel periodo (4). Ne è prova il libro di Laura Moscati, che pone appunto a profitto, con un'esposizione equilibrata e prudente, ma non priva di interpretazioni nuove e persuasive, i risultati di un'indagine a largo raggio su fonti inedite, alcune delle quali sono riprodotte in un'importante *Appendice* (p. 273 ss.).

Dal volume, l'immagine della cultura storico-giuridica piemontese risulta più « variegata, complessa », del « quadro troppo semplicisticamente schematizzato », che la rappresenta come esclusivamente rivolta verso la Francia e il modello istituzionale e normativo napoleonico (p. 19). In realtà relazioni intense e dirette vi furono anche con la Germania, sicché a ragione può prospettarsi una pluralità di tendenze e un divario « tra i giuristi (...) che operavano prevalentemente nel mondo universitario, e quelli orientati verso la ricerca scientifica, che trovavano per lo più spazio nelle Accademie » (p. 20). Tale prospettiva viene ribadita e integrata più oltre, quando, riprendendo un'osservazione di G. S. Pene Vidari (5), l'a. distingue tra il « quadro

(3) Sul tema, scarsamente indagato finora, si è svolto a Bologna nel novembre 1984 un convegno intitolato « I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento », di cui sono in corso di pubblicazione gli Atti.

(4) Si veda, con riferimento alla diffusione in Italia del pensiero di Savigny, F. RANIERI, *Savignys Einfluß auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in « Ius Commune », 8 (1979), pp. 192-219; D. MAFFEI - K. W. NÖRR, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, « Zschr. d. Sav.-Stift. f. RGesch. » (rom. Abt.), 97 (1980), pp. 181-212; D. MAFFEI, *Quattro lettere del Capei al Savigny e l'insegnamento del diritto romano a Siena nel 1834*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift H. Coing)*, München 1982, Bd. I, pp. 203-24. Qualche particolare aggiunge la voce *Conticini*, da me redatta per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 28, Roma 1983, pp. 490-94.

(5) Cfr. l'articolo *Cultura giuridica*, in *Torino città viva, da capitale a metropoli, 1880-1980*, Torino 1980, p. 839.

desolante », offerto dai professori della facoltà legale, e il « mondo forense », nel quale « si trovavano i giuristi più impegnati sul terreno culturale » (p. 66).

L'indicazione coglie nel segno per quanto riguarda il Piemonte, ma ha portata anche più generale. Infatti solo uscendo da una visione di storia della cultura giuridica incentrata sulle università si potranno riscoprire quei filoni di pensiero, di dottrine, di prassi giudiziaria e legislativa, fortemente radicati nelle varie realtà regionali, che attraversarono tutto il secolo XIX e nei quali si svilupparono in gran parte i fermenti più vivi della giurisprudenza italiana risorgimentale. I giudizi negativi, o la dimenticanza, che spesso li ha circondati, dipendono proprio dall'essersi quasi sempre assunto a criterio interpretativo il primato, ed anzi l'esclusività, degli studi universitari nell'elaborazione della scienza. Un criterio, questo, che trae la sua origine dalla impostazione di Savigny e che nel mondo germanico ebbe applicazione indiscussa, anche con riferimento all'Italia: basti ricordare il celebre articolo dello stesso Savigny (6), o quello, meno noto, ma altrettanto autorevole, di un osservatore acuto e informato delle vicende italiane, come Mittermaier (7).

La recezione di Savigny in Piemonte, gli scambi culturali più rilevanti con studiosi tedeschi, avvennero dunque al di fuori dei circuiti universitari. L'a. li ripercorre nei tre ambiti in cui si verificarono: la scoperta e lo studio delle fonti giuridiche tardo-imperiali, in particolare del Teodosiano; l'avvio delle traduzioni; il dibattito codicistico. La narrazione segue un ordine tematico, anziché cronologico, e ciò può talvolta richiedere qualche sforzo al lettore per cogliere nel suo insieme il processo di svolgimento e di ampliamento che segnò il diffondersi in Italia delle dottrine della Scuola storica. La scelta ed il rischio sono però motivati e giustificati con l'argomento non infondato che personalità e temi esaminati furono vari e disomogenei, non collegati tra loro da relazioni immediate (p. 269). Inoltre una guida viene subito offerta dal capitolo iniziale, che illustra i problemi principali della ricerca, ne definisce la cornice e le chiavi interpretative essenziali ribadite sinteticamente in un *Epilogo* (p. 269 ss.).

In effetti, l'indagine analitica sui tre settori documenta esaurientemente le considerazioni introduttive e conclusive del libro: la recezione

---

(6) *Ueber den juristischen Unterricht in Italien*, in « Zschr. f. gesch. RWiss. », 12 (1828), p. 201 ss.; poi ristampato, con aggiunte, nelle *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, Bd. IV, p. 309 ss.

(7) *Ueber den gegenwärtigen Stand der Rechtswissenschaft in Italien*, in « Krit. Zschr. f. RWiss. u. GGeb. d. Auslandes », 23 (1851), p. 298 ss. e 471 ss. (l'articolo fu pubblicato in traduzione italiana nell'« Eco dei Tribunali », a. 1851 e 1852). Sull'autore, v. da ult. P. BALESTRERI, *Mittermaier e l'Italia. Orientamenti politici e dottrine processuali in un carteggio di metà Ottocento*, in « Ius Commune », 10 (1983), p. 97 ss.

precoce di Savigny in Piemonte; il tempestivo collocarsi di essa all'interno di un'attività di promozione e organizzazione della cultura; infine la sua sostanziale completezza, benché, almeno inizialmente, scarsa attenzione venisse riservata agli scritti dogmatici.

2. Il primo avvio delle relazioni tra storici e giuristi piemontesi e tedeschi scaturì dall'interessamento di questi ultimi per le scoperte italiane di frammenti tardo-imperiali, ed in primo luogo per il ritrovamento da parte di Amedeo Peyron, che ne diede notizia nel giugno 1821, di alcune costituzioni del Teodosiano. La Moscati esamina accuratamente tutta l'opera del Peyron, il suo intreccio con le contemporanee ricerche del Mai, il suo rapporto con uno sfondo che registrava il rinnovarsi in Italia degli studi di filologia classica. L'ampiezza di riferimenti a fonti inedite — una caratteristica di gran merito dell'intero volume — consente non solo di tratteggiare con ricchezza l'attività scientifica dell'abate, le sue tecniche e le sue esperienze, ma anche di aggiungere particolari di sicuro interesse sugli indirizzi della filologia italiana agli inizi dell'ottocento. Né mancano, qui e più innanzi, le informazioni sull'editoria piemontese, il commercio librario, la censura e l'azione di appoggio o di promozione da parte delle autorità e delle istituzioni alle imprese di edizioni di fonti, che forniscono utili spunti sul tema dell'organizzazione editoriale, intorno al quale oggi si manifesta un nuovo interesse della storiografia <sup>(8)</sup>.

Felice scopritore di testi e buon editore, il Peyron non mancò di conoscenze giuridiche. Tuttavia non furono i problemi di diritto in senso stretto a occuparlo nello studio del Teodosiano, per alcuni dei quali si rimise al parere del giovane Sclopis. L'apparato storico, che accompagna l'edizione (1824) dei frammenti rinvenuti qualche anno prima in un palinsesto torinese, tende invece ad utilizzarli come fonte insostituibile per lo studio « dell'impero al tramonto », seguendo il grande modello del Godefroy (p. 74). In tal senso, il suo metodo sembra superare decisamente quello erudito e antiquario, prevalente in Italia, ma anche discostarsi, con un timbro di originalità che non sfuggì al Warnkönig e al Niebuhr, dagli orientamenti della nuova filologia tedesca, sulla quale comunque egli si tenne costantemente aggiornato.

Frattanto, dietro suggerimento di Savigny e col suo sostegno, anche W. F. Clossius aveva prima identificato, nel 1820, poi dato notizia l'anno successivo, ed infine pubblicato nel 1824 ampi frammenti del Teodosiano conservati in un codice miscelaneo della Biblioteca Ambrosiana. La Moscati descrive puntualmente le ricerche di Clossius, gli entusiasmi che i ritrovamenti di Torino e Milano suscitavano negli studiosi tedeschi, il fervore di viaggi e collaborazioni, di iniziative scientifiche che pro-

---

<sup>(8)</sup> Basti ricordare il contributo esemplare di M. BERENGO, *Intellettuai e librai nella Milano della Restaurazione*, Torino 1980.

mossero; infine le discussioni, gli studi e le edizioni che la pubblicazione dei *Fragmenta Taurinensia* e dei *Fragmenta Ambrosiana* produsse oltralpe. Ne emerge con chiarezza di dettagli una fitta rete di relazioni e di circuiti culturali, un concorrere e un'incrociarsi di personalità, di metodi, di interessi. Un ruolo di primo piano vi ebbe Savigny — vero luogo d'intersezione delle varie ricerche — sempre attento a promuovere e indirizzare le indagini, a controllarne gli esiti, a fornire interpretazioni e consigli. Ma accanto alle figure maggiori di storici e di giuristi, non meno efficace fu il contributo di nascenti istituzioni culturali, come editori e riviste, nel favorire la circolazione delle idee. È significativo l'esempio del libraio-editore Weigel di Lipsia, che per anni fornì al Peyron, e agli intellettuali della sua cerchia, non solo libri, ma anche informazioni scientifiche, segnalazioni bibliografiche, occasioni per stabilire contatti diretti con gli studiosi tedeschi (p. 61 ss., 93). E per quanto riguarda le riviste, a ragione l'a. sottolinea il rilievo, oltre che della più nota *Antologia* (p. 146), della francese *Thémis* (1819-1831) nel diffondere fuori dalla Germania aggiornamenti e notizie sulle scoperte di fonti romanistiche, e più in generale sulla nuova storiografia giuridica tedesca (p. 69).

In Italia, comunque, l'interesse per simili studi apparve modesto. Solo col regno di Carlo Alberto, che segnò una certa apertura culturale, in Piemonte si determinarono le condizioni perché essi destassero più viva attenzione e più numerosi cultori. Tra questi, una posizione di spicco ebbe Carlo Baudi di Vesme, del quale l'a., riassumendo proprie precedenti ricerche, ricostruisce minutamente le propensioni scientifiche, i progetti, le realizzazioni, gli insuccessi.

Profondamente influenzato dalla storiografia tedesca, alla quale guardò per tutta la vita senza lasciarsi attrarre dalle correnti francesi cui generalmente attingeva il mondo subalpino, egli dedicò la sua attività soprattutto alla riscoperta, alla pubblicazione e allo studio delle fonti del diritto tardo-imperiale ed alto-medievale. Dopo un lavoro giovanile sulla storia della proprietà, in cui già dimostrava una larga conoscenza dei lavori di Savigny, Leo e Manso ed interveniva sulla « questione longobarda », che tanto appassionava la storiografia italiana contemporanea, nel 1836 riprese l'esame del palinsesto utilizzato dal Peyron, che gli fu generoso di aiuti, individuandovi altri frammenti del Teodosiano, a lui sfuggiti. Ne nacque, auspice ancora Savigny (e con lui Mittermaier, che nel corso degli anni trenta cominciò a porsi come il tramite principale — a me pare — tra la giurisprudenza italiana e tedesca), un diretto rapporto e un carteggio assai fitto con Hänel, che delle fonti tardo-imperiali preparava negli stessi anni importanti edizioni.

Tuttavia, nonostante i reciproci scambi, metodi e risultati dei rispettivi lavori furono differenti: « Se lo Hänel era mosso da un inte-

resse puramente testuale, che lo portava, con la metodologia filologica propria dell'Ottocento tedesco, alla ricerca della genuinità della fonte, per il Baudi quest'ultima valeva essenzialmente come sostrato nella ricostruzione dell'ambiente storico e istituzionale che l'aveva prodotta » (p. 128). Si manifestava così, nel momento in cui più fitte e più dense si facevano le relazioni tra studiosi italiani e tedeschi, una disparità evidente nelle ispirazioni di fondo che guidavano la ricerca nei due paesi. Non a caso in Germania l'edizione del Baudi venne accolta con insolito distacco: Hänel, che pure si era giovato della sua collaborazione, si espresse in modo ambiguo; Savigny mostrò freddezza; Lachmann avanzò riserve e più tardi Mommsen formulò un giudizio nettamente negativo. Occorrerà allora domandarsi se, al di là dei pregi del lavoro di Baudi, posti in rilievo dall'a., la sua « inclinazione al pensiero storico » (p. 162), il suo preminente interesse per la genesi della legislazione tardo-imperiale e per un esame comparativo del Teodosiano con altri codici, documentato dall'apparato e da tre articoli inediti ritrovati dalla Moscati, non gli rendesse estraneo proprio il tratto più tipico di novità delle scuole germaniche: il tentativo, cioè, di fondare la filologia come scienza autonoma attraverso la costituzione delle sue tecniche di recensione e di critica testuale.

Una differenza altrettanto marcata risiedeva nelle condizioni obiettive della ricerca: quella di Hänel si inseriva in un orientamento generale degli studi in Germania, che aveva i suoi punti di forza nelle università e poteva avvalersi sia del sostegno di istituzioni pubbliche, sia di un costante coordinamento tra gli studiosi, grazie principalmente alla azione di Savigny, ma non di lui soltanto. Al contrario, ancora sostanzialmente isolato fu il lavoro del piemontese, nonostante un maggiore interessamento degli storici subalpini rispetto a quello manifestatosi circa venti anni prima per le pubblicazioni del Peyron. Anche a Baudi mancò un solido referente istituzionale, un momento organizzativo consistente, salvo nel caso dell'edizione delle leggi longobarde, commissionatagli dalla Deputazione di Storia patria nel 1839 per la serie dei *Monumenta* e apparsa definitivamente nel 1855, che fu apprezzata da Merkel e Neigebauer e ispirò un noto saggio di Sclopis.

Egli fu consapevole del problema: è questa una conclusione che mi sembra debba trarsi dal contributo della Moscati. Pensò infatti a iniziative ampie e sistematiche, eseguendo traduzioni, tentando di attivare scambi regolari con le riviste tedesche, progettando edizioni complete, non solo del Teodosiano, ma addirittura di tutte le fonti post-classiche. Tuttavia tali ambizioni in gran parte fallirono, e non vi è dubbio che ciò dipendesse dalla fragilità delle strutture culturali piemontesi: alcuni lavori rimasero inediti, altri si arenarono dinanzi a difficoltà economiche e organizzative, per superare le quali non bastò la sua diretta assunzione di pesanti responsabilità imprenditoriali.

3. I progetti e le intuizioni del Baudi per una politica culturale nuova e incisiva tuttavia non nascevano completamente nel vuoto. Nella capitale sabauda si avvertivano segni di fermento che si riflettevano positivamente sulle iniziative degli intellettuali. Inoltre, il suo ruolo crescente nelle vicende italiane ne faceva un centro di raccolta per gli esuli della penisola e di irradiazione delle idee risorgimentali. In questo quadro va vista l'azione di Cesare Balbo, che pose mano a un disegno organico per diffondere i risultati della storiografia tedesca, più congeniale al suo moderatismo di quella francese, promuovendo traduzioni, per alcune delle quali si avvalse proprio del Baudi. Nel suo orizzonte entrò anche la *Geschichte* di Savigny, cui dedicò delle annotazioni pubblicate poi dal Bollati, e ne scrisse a Napoli al Troya, a Firenze al Vieuilleux nel 1832 per consigliarne la traduzione. In tal modo, lentamente ma sicuramente, « la scoperta della Scuola storica » diveniva non soltanto « patrimonio di studiosi isolati, ma frutto di un sistematico movimento culturale che fece capo appunto a Cesare Balbo, almeno nella sua fase iniziale, e in seguito a Federico Sclopis » (p. 144). In proposito è significativo il rapporto che Balbo istituì con l'*Antologia*, alla quale probabilmente erano destinate le traduzioni di due scritti savigniani, preparate dietro sua sollecitazione, che poi, per la soppressione della rivista, apparvero su *Il Subalpino* nel 1837: quella di *Ueber den römischen Colonat*, eseguita da Gaspare Gorresio, e quella di *Ueber die römische Steuerverfassung unter den Kaisern*, compiuta dal Baudi, che vi aggiunse alcune osservazioni in nota e una breve introduzione polemica. Savigny ne fu « molto irritato » (Dönniges a Baudi: p. 164); nella ristampa però dell'articolo nelle *Vermischte Schriften* « non poté fare a meno » di valutare positivamente alcune sue interpretazioni di costituzioni del Teodosiano che chiarivano aspetti non secondari del sistema tributario romano (p. 168).

Maturava così in Piemonte un interesse ampio e diffuso per l'opera savigniana. Il passaggio da un'attenzione rivolta soprattutto verso i saggi sulle fonti romanistiche, ad una considerazione approfondita degli scritti di più ampio respiro e valore metodologico è posto in evidenza dall'a. con dovizia di materiali inediti, seguendo ancora la storia delle traduzioni attraverso i tentativi dell'Albini e l'impresa del Bollati. Il primo infatti, insegnante di diritto a Novara prima di passare a Torino nel 1846, con la riforma dell'Università, sulla cattedra appena istituita di Enciclopedia e Storia del diritto, scriveva a Sclopis nel 1839 per comunicargli l'intenzione di tradurre il *Beruf*, accompagnandolo però con una confutazione delle sue tesi anticodicistiche. Distolto da Sclopis, che lo indirizzò alla *Geschichte*, si accinse all'opera, lasciandola poi interrotta. Stabilì invece contatti duraturi ed intensi con Mittermaier e nel 1840 risultava anche informato dell'apparizione del *System*, sempre per merito di Sclopis, che si andava adoperando perché ne venisse fatta una traduzione.

Ancor più nuovo e ricco di particolari fin qui sconosciuti è il paragrafo dedicato a Bollati (p. 180 ss.), autore della versione italiana della *Geschichte*, pubblicata in tre volumi a Torino tra il 1854 e il 1857, del quale l'a. ricostruisce la formazione e l'attività. Sullo sfondo dell'opera del Bollati, si profila la figura di Sclopis, ormai dominante nella cultura giuridica subalpina e nelle vicende della recezione italiana di Savigny. Di nuovo con la sua mediazione si poté realizzare, nel 1851, un soggiorno di studi a Berlino di Tancredi Canonico (p. 192 ss.), che stabilì in Germania una forte amicizia con Mittermaier e, passato successivamente al diritto penale, tenne con lui un nutrito carteggio.

Giustamente, dunque, è dedicata allo Sclopis l'ultima parte del libro, poiché certamente egli interpretò con particolare sensibilità tutti i temi su cui la cultura giuridica piemontese s'incontrava e si confrontava con le dottrine di Savigny. La Moscati analizza un'inedita biografia del giurista tedesco, redatta da Sclopis tra il 1877 e il 1878 e rimasta interrotta per il sopraggiungere della morte, che costituisce « una sorta di consuntivo » del suo pensiero, ma al tempo stesso un bilancio degli studi condotti in Piemonte sotto l'impulso della Scuola storica (p. 205). Collegando alla trama dello scritto l'insieme dell'opera di Sclopis, i suoi carteggi, le fonti cui attinse e le discussioni europee che si intrecciarono intorno ai temi da lui affrontati, l'a. traccia una mappa degli argomenti che dalla Scuola storica si riversarono nei circoli piemontesi, delle adesioni e dei dissensi, o delle incomprensioni che vi incontrarono. Ne scaturisce un ritratto accurato di un protagonista tanto celebre, quanto insufficientemente studiato, del nostro ottocento giuridico, ed un profilo critico convincente di una stagione della giurisprudenza italiana in gran parte ancora sconosciuta.

ALDO MAZZACANE

Filippo RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*, Frankfurt/Main (« Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich », 17, I-II), Köln-Wien, Böhlau Verlag, 2 vols., I-XIII, 1-542 and 3 registers.

F. Ranieri, researcher of the Max-Planck-Institut für europäisches Rechtsgeschichte (Frankfurt/Main) publishes in this book his *Habilitationsschrift*, presented last year to the Faculty of Law of Frankfurt.

Although Ranieri's work is not the first one dealing with the *Reichskammergericht* (RKG), it represents a breach in the domain and, in general, in the broader territory of the history of western « official » justice.

First of all, the research is based upon a historical material, which had never previously been gathered together. While the former research have dealt with isolated cases (would they be the «important» ones or those chosen by a more or less hazardous retrieval), R. uses the whole tradition of the judicial activity of the RKG. The method involved several difficult tasks, namely in a court whose processes have been split into 50 archives (in GFR, in GDR, in France, in the Netherlands and in Poland). Collections of decisions have been, of course, made (*Urteilmbücher*, printed decisions), but, as they are not representative, their historical worth becomes illegitimate. On the other hand, the processes themselves would represent a huge material, whose historical direct and global handling is out of question under the current conditions of research. The decision of R. was then the use of the process records, contained in several archive inventories, in the *Generalrepertorium* of the former Wetzlar Archive or in other lists or secondary literature. On the whole, ca. 40.000 records, whose completeness is satisfactory for the northwestern territories of the Empire <sup>(1)</sup> and for the first years of activity of the RKG. Furthermore, a representative sample was set up, choosing the processes of Wetzlar *Generalrepertorium* filed under «A» (1600 processes, representing 2.3% of the whole material), sample in which all the imperial territories are attributed an unbiased value, as the losses of southeastern circles occurred after the elaboration of that inventory. Thus the research progresses on a two-way basis, the global reconstruction allowing for detailed calculations at a regional level, the sample permitting comparisons amidst the circles of the whole Empire. R. is aware of the methodological problems arising from such an enterprise, discussing them in detail (p. 69 ss.; namely: 71 ss., the sufficiency of the data of the records for the purposes of legal historical research; 74 ss., the problem of the losses prior to the *Generalrepertorium*).

Upon this rich empirical material, quantitative methods are not only possible, but the most suitable ones. R. emphasises the novelty of quantitative analysis in the domain of legal history (p. 59 ss.), novelty which he rightly describes as a major methodological event: actually, the most outstanding (although not the only one) symptom of an inversion of the relation norm-fact within the object of legal history <sup>(2)</sup>. And, in fact, statistical computation (though not the most

---

<sup>(1)</sup> The RKG archives in München, Stuttgart and Karlsruhe are not available, as their inventories don't exist or are not reliable. Thus the universe of process records contains a gap for the austrian, bavarian, franconian and Swabian circles, although the most ancient activity of the RKG can be reconstructed by repertories of the late 15th, and early 16th centuries.

<sup>(2)</sup> The author is a forerunner in this domain. In the 1977, he had already been the editor of a *Sonderheft* of «*Ius commune*» (no. 7, Frankfurt-Main) on *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*.

sophisticated, such as regression and clustering), along with its cartographical representation, plays a major role in the exposition of facts and in the formulation and testing of hypotheses. The whole volume of « proofs » (vol. II) is a collection of often very impressive statistical evidences.

Also the ultimate aims of the research are representative of the « new spirit » of legal history in the sense of strengthening the links between legal history and social history and of conceiving history as a tool for testing hypothesis formulated by social sciences. In fact, the research doesn't consume itself in a antiquarist description of judicial life. As the author points out, its purpose is to carry evidence of a general hypothesis about the relationship between social evolution and judicial behaviour. R.'s historical research rises from an expanded thesis of the current german sociology of law about the isomorphy between the social « modernization » (*soziale Modernisierung*) and the « juridification » (*Verrechtlichung*) of social relationships (and disputes). Due to Weber's legacy and widespread by the recent sociology of N. Luhmann (s. p. 151, n. 83), the idea of a progressive juridification of european society joined some former legal-historical topics on the « struggle for law » as a trend of western civilization. R. formulates from the beginning the strategical scope of his effort: to test the validity, for the german area, of the thesis of an european trend to a progressive juridification of disputes (p. 49, 63). Trend that he get from parallel studies on the english, spanish and german evolution of judicature in modern ages and that would, namely, allow the characterization of the 16th century as the epoch of a « legal revolution » (148 s.)<sup>(3)</sup>. And as the « modernization theory » has pointed out, this « legal revolution » couldn't be but one aspect of a broader trend of social modernization (litteracy, written communication, bureaucratization, rationalisation of the economic calculus, etc.) (p. 153).

This is the methodological ground on which R. organizes the wealth of material he has gathered.

The first item of research is the quantitative evolution of the activity of RKG: after an increasing number of lawsuits during the 16th century (180 lawsuits/year till 1554; 438/year between 1551 and 1594:

---

<sup>(3)</sup> Parallel studies are listed in p. 148, n. 78 (namely, T. G. Barnes on Elizabethan-early Stuart Star Chamber, W. J. Jones in Elizabethan Court of Chancery; R. Kagan on the Chancery of Valladolid; A. A. Wijffels on the dutch Grote Raad of Mechelen). The idea of a « legal revolution » in the modern ages is based upon the classical work of R. BENDIX, *Könige oder Volk. Machtausübung und Herrschaftsmandat*, Frankfurt-Main 1980, II, 87-95; but there are other monophies, which apply the idea to the specific german modern context (s. p. 151, n. 84), speaking, e.g., of a « rationalization of feudal domination » or of a « juridification of social disputes after the peasants wars » (W. SCHULZE, *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*, 1980).

790 in the «golden age», by 1590), the values fell in the next century, slightly till 1620, heavily thereafter, attaining the average of 100 lawsuits/year in the late 18th century (p. 139). This long-term trend is naturally troubled by conjunctural anomalies directly related to particular disturbing (in opposite senses) events (such as the Schmal-kald war, the Augsburg diet, the 30 years war, the Westphalian peace or the justice reform of 1654) (p. 143 ss.). On the whole, however, the trend would support the thesis of a 16th century «legal revolution» and, in general, of a juridification and modernization of the german society of the Ancient Regime (s. p. 127). The increase of litigation (in this case, of higher litigation) would reflect the progressive social differentiation and the advancing tendency to settle conflicts by legal means (p. 151).

Also the regional incidence of RKG's activity shows a secular trend. In its early times (15th/16th centuries), the RKG dealt mainly with cases of the southern territories (swabian and upper-rhenan circles). Central Germany was less affected and the northern and southeastern Länder were out of the practical range of imperial jurisdiction. By the twenties of the 16th century, the area of practical influence of the RKG began to move northwards, attaining the circles of the Lower-Rhine and of the northern and eastern provinces of the Old Empire (p. 163). To explain this initial weight of the southern circles, R. stresses the lasting influence of the medieval politico-spatial organization: the width of practical influence of RKG, in fact, coincides with that of the core zones of the Old Empire in late Middle Ages (p. 168). But socio-economic grounds, such as the urban character of litigation and the weight of the imperial cities of the Upper-Rhine and of Swabia, would explain this evolution «towards the north» (p. 163 s.); as the author says «To report the economic structure of a certain region to the development of their legal infra-structure (namely, the judicial organization or the establishment of legal authorities) would be a suggestive idea. Implicit is the assumption that the modernization and differentiation of an economic constitution based upon a monetary economy creates the necessity for a new judicial instance» (168). The evidence for this is given by the fact that private litigants form 60/70% of the total and disputes concerning the monetary economy or family patrimonial affairs reach 40% of the total. Along with this topic of «modernization» (one ubiquitous theme of the research), R. develops another explanation, also based on a theoretical framework issued from the contemporary currents of german legal sociology-imperial jurisdiction spread out as the consciousness of regulative importance of law grows (p. 171, referring to works of Gessner and Luhmann about the positive role of conflicts as a way of expliciting legal rules). On the contrary, the 18th century shift to the north could be explained by the concession of privileges *de non appellando* to the southern im-

perial cities (p. 180), as well as by the concurrence of the *Reichshof-rat*, more effective in the south, since its catholic bias discouraged the northern protestant appeals, which then tendend to be adressed to the RKG. The lack of global studies on the regional demography and economy prevent R. from a more sistematic correlation between demographic and economic statistical indices and the values of regional litigation. Anyway, the limited character of RKG's litigation (mainly, an appeal jurisdiction) wouldn't allow decisive statements on the subject.

The third theme of R. 's treatment of empirical data is the analysis of the type of RKG's activity and its evolution.

RKG had a composite competence. It was a first instance court for direct vassals of the Empire and for what we may roughly call « political » disputes (ofenses to « Landesfrieden » and cases of *denegatio iustitiae*). But, as a curial court, it had also a general appeal competence (p. 200). Former literature had discussed the balance of these two functions but the idea of an epochal change in the effective functions of the imperial court had never been clearly formulated. Empirical data provided by the current research demonstrates a shift in the distribution of RKG's cases: the rate of appeals fell continuously down, while summary cases experienced an uninterrupted increase. The 17th century is the moment when there was a reverse in the balance: the RKG ceased to be a court of appeal from the territorial justices to become mostly an instance court to imperially direct vassals and states (p. 202 ss.). If we link this change in RKG's function and clientele to what has been said about the quantitative evolution of litigiousity, perhaps the reason for the declining activity of the Imperial Court in its later centuries becomes more obvious. Imperial justice was becoming more and more elitist, as the inner composition of litigation was restraining the width of the social groups touched by it. First instance litigation was, in essence, an elite litigation and, even here, there has always been a decreasing rate of private litigants (p. 206).

That RKG tends more and more to become an elitist court is also shown by the sociological analysis of litigants made along Chapter 7. In the first decades, the bourgeoisie had a massive recourse to the imperial court (70%, both as plaintiff or defendant) (p. 225). Progressively, imperial orders overran all the other groups. RKG turned into an order instance, whose access was limited to the social and political cream of the Ancient Regime's society (p. 232). Furthermore, data gathered by the author shows the practical absence, amidst the litigants, of women, of guilds, of peasants (p. 227-233) (although cases related with agrarian relations seem to increase by the second half of the 16th century, a fact that is seen as proof of the « Verrechtlichung » of social conflicts after the peasant wars) (p. 234). The analysis of the subjects of litigation (p. 235 ss.) is the counterpoint of the pre-

vius thematic. When orders conquered the primacy as litigants, feudal disputes and matters of «honour» become dominant, while cases on typical bourgeois affairs (such as cases related to monetary economy, industry or commerce) lost the weight they had had in the first period of activity.

The conclusions (Chapter 7.3.0) point out the main lines of evolution:

1) A long-term change in the territorial incidence of imperial jurisdiction, expressing not any kind of geographical determinism, but an evolution in social characterization of the litigants: from the bourgeois clientele of the flourishing imperial cities of Swabia and Upper-Rhine, appealing on private affairs, to the protestant orders and imperial vassals of the northern and eastern territories, disputing over feudal and «political» matters.

2) A progressive implantation of imperial jurisdiction in the peripheral territories of the Empire, along with the establishment and consolidation of territorial powers, giving rise to conflicts of competence and complaints for denial of justice. RKG loses the character of an appeal instance, turning into a «constitutional» court.

3) A trend to a «juridification» of social and political structure of the Old Empire, converting official courts into the outstanding forum to settlement of disputes.

The previous outline is far from exhausting R.'s colourful and detailed picture of imperial jurisdiction in the modern German Empire. Nevertheless, it is sufficient to stress its importance in the current historical literature on law and justice.

As we have already pointed out, R.'s research constitutes a new and promising model on how to deal with legal history. First of all, because he directs his efforts to catch the practical, effective, live side of law; not the law «in the books», but the law as it is rendered by courts; furthermore, not the theoretical or legal framework of courts, but the way they actualize that framework in everyday practice. The traditional search for the unique and outstanding is superseded by an intellectual elaboration of massive data, using adequate techniques of data management (here, descriptive statistics and cartographical representation). The opposition between «nomotetical» and «ideographic» approaches, so cheered by our classical theory of law, barely resists in the face of works of this kind, which prove that «descriptive», «external», «quantitative» methods can grasp the core of juridical processes, without any reference to «intention», «sense», «values», etc.

R.'s work is also an example of how to seize new historical panoramas changing the way of looking at the past. RKG wasn't a virgin theme. Since the last century it has been under the scrutiny of hi-

storians. Nevertheless, a shift in method has allowed not only brand-new perspectives but also a founded criticism of established thesis.

However, facts, even massive ones, don't speak by themselves. Here begins the second positive aspect of R.'s book. In fact, his research programme is a fructuous dialogue between a gorgeous empirical material and theoretical interpretative models (in the occurrence, models mostly imported from the themes of the actual german sociology of law - « modernization », « juridification », « social differentiation », « law and conflict »). Whatever one's opinion about the chosen models, this rejection of a naif positivism is something to be highlighted.

The question of the general legitimacy of the elected theoretical framework is not to be discussed here. However, its adequacy to the present research (or, perhaps better, the adequacy of the gathered empirical material to test the theoretical hypothesis) could be questioned. In fact there seems to exist some inbalance between the comprehensiveness of the conclusions on a general trend towards « juridification » of german modern society and the restricted character of RKG's judicial activity. The same could be said about the so-called « european trends », the identification of which is exclusively based upon studies on the activity of high courts (the english Court of Chancery and Star Chamber, the spanish *Audiencias* and the french *Parlements*). Although the increasing demand of royal justice has something to do with a more effective presence of « official law » in social representations on the way of settling disputes, this « presence » is perhaps too situated to allow a general discourse about « juridification ». It's probably true that, all over Europe and during the modern ages, at a certain level (anyway, a high level) of socio-political relations or in a certain thematic domain, curial courts tend to become decisive instances of settling conflicts. But this cannot lead to the conclusion that an isomorphic movement was also taking place at other levels (lower levels), or in other areas of litigation. On the contrary, several investigations (v.g., N. Castan, Chr. Wollschläger) have proved that till the end of Ancient Regime informal (non-legal) ways of settling disputes have been very effective. Therefore, the impact of « juridification » would have to be reduced to the circle of higher justice. However, even on this paramount level, R.'s own research proves that there were signs of an evasion from official justice: on the whole, the number of lawsuits in RKG fell dramatically after the end of the 17th; bourgeoisie litigants searched for other routes; as did the south-eastern catholics. If one balances all these particular tendencies, the picture is far less sharp: different (even opposite) trends dominate separate sets of conflicts (agrarian, familiar, criminal, commercial); different strategies concerning disputing and composition are pursued by different social (political, regional, even ideological) groups; offi-

cial litigation serves distinct and antagonistic aims (pettifogging, gain time, pressing the opponent, making a show of wealth, etc.). To transform this labyrinth of tendencies into a neat picture of «juridification» is to pay too high a price for a theoretical guideline. R. seems to be aware of the problem; but his enthusiasm for a theoretical framing of the research induces frequent amplifications in the formulation of conclusions. Something that the reader must take into account but that doesn't prejudice the outstanding importance of this book.

ANTONIO M. HESPANHA

Joachim RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (Münchener Universitätschriften - Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 58, herausgegeben im Auftrag der Juristischen Fakultät von Sten Gagnér, Arthur Kaufmann, Dieter Nörr), Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, pp. xv-487.

Nel corso del seminario internazionale «Su Federico Carlo di Savigny» tenutosi nell'Ottobre 1980 a Firenze per cura e sotto gli auspici del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno — un seminario che ha segnato indubbiamente un momento di forte ripresa dell'interesse attorno alla figura del celebre 'berlinese' — Joachim Rückert ebbe l'occasione di intervenire con un'acuta comunicazione, singolarmente e forse provocativamente intitolata ad un Savigny 'sconosciuto', alle lacune palesi e nascoste delle nostre conoscenze savignyane (<sup>1</sup>).

Ora finalmente il lavoro che quelle pagine già annunciavano imponente per quantità di nuove fonti elaborate e messe a disposizione, è stato portato a termine: e non resta che darne conto, premettendo per motivi ovvi che nello spazio più o meno breve riservato ad una recensione non potranno essere attinti tutti i profili problematici o di novità offerti alla riflessione da questa che può a buon diritto essere fin dall'inizio definita come la più completa *summa* del pensiero e dell'attività savignyana sin qui realizzata. Se tuttavia un invito può ancora in via preliminare essere rivolto, esso sarà senz'altro quello di non procedere ad una lettura 'trasversale' o 'mirata' — agevolata certo come meglio non si potrebbe sperare da un abbondantissimo e preciso apparato di

---

(<sup>1</sup>) J. RÜCKERT, *Der Unbekannte Savigny - Offene und verdeckte Lücken unserer Savigny-Kenntnis*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9 (1980), *Su Federico Carlo di Savigny*, pp. 401-416.

fonti, letteratura, indici analitici e *Zusammenfassungen* dei principali risultati —; ma ben al contrario, a seguire il flusso discorsivo nella sua integralità.

È bene comunque segnalare subito in apertura un profilo che ci sembra di notevole rilievo e che rischierebbe di andare smarrito ove ci si immergesse senza mediazioni nell'analisi del testo.

Intendiamo riferirci al fatto che l'opera riveste un peculiare significato non soltanto se presa nel suo valore assoluto, ma anche qualora la si collochi *per relationem* nel panorama della più recente produzione storiografica tedesca occidentale sull'Ottocento giuridico — discorso diverso andrebbe indubbiamente proposto per la parallela produzione storico-giuridica della Repubblica Democratica Tedesca, ma esso andrà affrontato e svolto in diversa e più specifica sede <sup>(2)</sup> —.

Si assiste infatti da qualche tempo all'emersione (o riemersione) di una tendenza che va ormai assai al di là della pur altrettanto recentemente 'rivitalizzata' ricerca di 'conferme' mediante la storia del diritto per singoli risultati dogmatici raggiunti nel campo del diritto vigente <sup>(3)</sup>.

Si viene invece adesso a coinvolgere proprio il mestiere di storico del diritto in quanto tale, anche nei suoi risvolti esplicitamente metodologici: indirizzo che, con qualche perplessità — alla quale sempre andrebbe a nostro avviso collegata una 'etichettatura' definitoria, per i suoi necessari ed inevitabili risvolti di semplificazione —, potremmo definire stipulativamente 'neo-pandettistico'.

Una tendenza che, oltre a potersi avvalere nei rappresentanti più avvertiti di sofisticate mediazioni culturali — ad esempio tramite l'utilizzazione non sempre sorvegliata delle concettuologie luhmanniane, di cui andrebbero comunque verificate con più attenzione appunto tutta una serie di sorprendenti analogie strutturali con le dottrine dell'organicismo classico-idealistico (anche della Scuola Storica) <sup>(4)</sup> —, sembra

<sup>(2)</sup> Tutt'altro che 'centrato' in questo senso ci pare comunque essere il tono adoperato dal medesimo Joachim Rückert nel recensire un lavoro scaturente da questa per tanti aspetti ovviamente 'diversa' tradizione interpretativa; cfr. appunto J. RÜCKERT, *Savigny und Kein Ende ...?* (rez. zu Horst SCHRÖDER, *Friedrich Karl von Savigny. Geschichte und Rechtsdenken beim Uebergang vom Feudalismus zum Kapitalismus in Deutschland*, Frankfurt am Main - Bern - New York - Nancy, 1984), in *Rechtshistorisches Journal*, 3 (1984), pp. 44-61.

<sup>(3)</sup> Sul punto cfr. le acute valutazioni di K. LUIG, *Bestätigung durch Rechtsgeschichte*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), pp. 601-617.

<sup>(4)</sup> Si veda in proposito D. NÖRR, *Savigny, die Ökologie des Geistes und der Laplace'sche Dämon*, in *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984), pp. 175-182 (179), nonché l'analisi straordinariamente sintomatica di M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1981, pp. 397-398, laddove non si esita a scorgere nella teoria savignyana sul sistema la presenza dei fondamenti primi che contraddistinguono l'odierna 'teoria dei sistemi' di stampo parsoniano (cfr. *ivi.* le note da 270 a 276). Istrut-

ormai assai più frequentemente culminare, con risultati di diversa qualità, in una ripresa *immediata* di temi o di compiti pandettistici; una ripresa che assume non a caso a suo riferimento privilegiato la figura e l'opera di Savigny.

E basterebbe alludere qui al recentissimo lavoro di Helmut Coing — monumentale nel suo complesso, pur se appena abbozzato e con tracce di 'non-finito' in alcune sezioni interne <sup>(5)</sup> —: un'opera con la quale — nel tentativo nobilmente ideale (o ideologico) di descrivere l'unitaria 'europeicità' dell'*älteres gemeines (Privat-) Recht* dal tardo medioevo sino al volgere del diciottesimo secolo, non solo in sé e per sé, ma altresì quale preludio di uno sviluppo 'comunque' sostanzialmente 'europeo' nel campo privatistico anche per il secolo diciannovesimo — si ambisce abbastanza scopertamente a colmare la lacuna creata da quella singolare forma di discrepanza tra programmi e concrete realizzazioni, sempre imputata, a torto o a ragione, alla Scuola Storica e soprattutto al suo Fondatore; ovvero quella relativa all'assenza di una 'storia dei dogmi' per il periodo che copre la cosiddetta età moderna.

Aspirazione, quest'ultima, che pare corroborata dalla esplicita scelta di una forma espositiva sistematico-istituzionale (« in Form von 'Institutionen' ») che, proprio perché non sufficientemente coinvolta — nel caso di specie — nel processo medesimo di storicizzazione, appare

---

tivo appare allora il processo specularmente inverso — la valutazione delle 'conseguenze' dell'applicazione degli stilemi della teoria ('moderna') dei sistemi al campo giuridico: « ... [si] finisce per attribuire alla elaborazione dottrinale della dogmatica giuridica (che non è, propriamente, una fonte normativa) il ruolo auto-poietico centrale della « auto-osservazione » normativa, mentre assegna al legislatore — e cioè, nel diritto moderno, alla fonte normativa per eccellenza —, un ruolo puramente cognitivo, come se la produzione di nuovo diritto fosse in qualche modo un « fatto » esterno al meccanismo di riproduzione autoreferenziale della comunicazione giuridica ». Tutto 'torna' perfettamente, fatta astrazione dal 'piccolo' particolare che qui si discutono le prese di posizione — attualissime (?) — di Niklas Luhmann (il passo appena citato è di D. ZOLO, *Autopoiesis. Un paradigma conservatore*, in *Micromega* 1-86, pp. 129-174, 168). Il che, tra l'altro, la dice lunga sulle prospettive implicite in certe ricostruzioni storiografiche, così come sulle attuali chances di successo di 'antiquati' revival, gabellati sotto le specie — da sempre assai allettanti per il giurista (e non per lui solo) — delle più rutilanti novità della moda 'scientista': moda di cui forse non sarebbe inutile mettere in luce il carattere di 'battistrada' che spesso assume rispetto a ben più solide — ma altrettanto poco auspicabili — riproposte.

(5) H. COING, *Europäisches Privatrecht, Band I Alteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985. Rileviamo di sfuggita che nel citare abbiamo fatto riferimento al frontespizio; nella sovracoperta e nella legatura l'opera è invece così titolata 'Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, Band I Alteres Gemeines Recht': ci pare che l'oscillazione nell'attribuire il lasso temporale ora al concetto (già non scevro di problematicità) di 'diritto privato europeo', ora invece a quello di *Alteres Gemeines Recht*, com'è ovvio esclusivamente legato al primo volume, benché sia con tutta probabilità da attribuire ad origine tipografica, non perda per questo un suo certo qual carattere di 'segnale', specie ove la si legga in connessione con il programma enunciato nell'introduzione (p. v) e di cui diamo conto nel testo.

cristallo in sé conchiuso, in realtà assai da vicino apparentato con la forma espositiva e concettuale che potrebbe essere tranquillamente adottata da un analogo, e sia pur classico, manuale del diritto privato vigente.

Oppure ancora far cenno — su un ben diverso piano di progettazione e realizzazione, comunque sia — alla monografia sul rapporto tra scienza e legislazione con specifico riferimento all'ambito del diritto civile dell'Ottocento e alla sua teoria delle fonti, monografia dovuta significativamente alla penna di un allievo di Werner Flume <sup>(6)</sup>: laddove, se non si voglia tener conto dei pur innegabili meriti di scavo rispetto ad alcune interessanti e poco conosciute fonti, ci si sente in dovere — in buona (o cattiva) sostanza — di riproporre *sic et simpliciter* all'odierno giurista positivo niente di meno che la 'vera' dottrina del *Volkgeist* — manco a dirlo contro l'invadenza di un 'troppo' politico legislatore <sup>(7)</sup>; troppo politico proprio perché (a priori) incompetente 'tecnicamente'.

<sup>(6)</sup> H. H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts* (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft. Neue Folge, Heft 38, herausgegeben von A. HOLLERBACH, H. MAIER, P. MIKAT), Padeborn-München-Wien-Zürich, 1983.

<sup>(7)</sup> Si vedano in proposito le drastiche ma non immotivate considerazioni di R. OGOREK, *Volkgeist « Spätlese »*, in *Rechtshistorisches Journal*, 4 (1985), pp. 3-17; anche J. Rückert nel lavoro che andiamo esaminando ha più volte occasione di segnalare, al di là di alcuni meriti 'puntuali', il tono radicalmente 'apologetico' (cfr. ad es. p. 330 nota 133) della ricerca di Jakobs. Tuttavia non ci si può nascondere la circostanza che opere siffatte rispondono ormai — proprio per quel loro specifico carattere esortativo-attualizzante — a diffuse esigenze emerse all'interno del pubblico dei giuristi tedeschi, ritornati dopo lungo periodo di distacco a ricercare nuovamente una qualche forma di legittimazione nel rapporto con la storia giuridica, da un lato; e, con ancor più forza, dall'altro, nella riproposizione di modelli di un passato ritenuto assai più 'glorioso' e accattivante (leggi 'produttivo') dell'incerta convivenza attuale della dogmatica 'scientifica' con il mondo sociale.

Non per caso il plauso per l'iniziativa di Jakobs va spesso di pari passo con la critica delle impostazioni storiograficamente più corrette: così accade, per citare l'esempio più recente, che mentre l'apologia di Jakobs viene ritenuta addirittura 'vorbildlich' — nel suo portare acqua al mulino di una ininterrotta 'tradizione romanistica' — nonchè nel sottolineare (qui con qualche ragione, ma per verità in modo assai poco approfondito) la centralità del diritto delle Pandette nella formazione del pensiero di Savigny — vengano invece minimizzati, quando non del tutto revocati in dubbio, i meriti delle ricerche non solo di Rückert, ma persino — e quasi per attrazione — di quelle di Sten Gagnér (O. BEHREND, *Politik und Jurisprudenz in F. C. v. Savigny System des heutigen römischen Rechts, in Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von F. Wieacker*, hrsg. von O. BEHREND, M. DIESSELHORST, W. E. Voss, Ebelsbach, 1985, pp. 257-322, 257 nota 1).

Il che ci pare francamente incauto, specialmente in un testo che, se pur si segnala per notevoli acquisizioni — soprattutto sul tema del ruolo esercitato dall'elemento religioso sulle concezioni giuridiche di Savigny (vedi in particolare i riferimenti alle letture savignyane dello scritto del mistico protestante Heinrich von Schubert intitolato 'Ansichten von der Nachseite der Naturwissenschaft', la cui seconda edizione risale al 1817; O. BEHREND, *loc. cit.*, p. 265) —, dà prova

È naturale, a questo punto, che ingenuità simili appaiano sin troppo sospette per non essere riconducibili ad un qualche tipo di 'regia', intenzionale o meno: verrebbe allora quasi irresistibilmente fatto di ripetere, con Dorothy Sayers, la massima secondo cui « non esiste niente che una persona non sia in grado di dimostrare, purché il suo campo visivo sia abbastanza limitato ».

Anche e soprattutto rispetto a questa tendenza presente all'interno della storia del diritto tedesca va quindi valutato il senso di un'operazione che tenda a fornire di Savigny un'immagine totalmente ed 'integralmente' storica, pur nei suoi risvolti sin qui rimasti in penombra sul piano della stessa ricerca sulle fonti — valutazione che in qualche modo fa aggio sulla constatazione che forse sarebbe giunto il momento di dedicarsi a ricostruire, con maggiore assiduità di quella dedicabile ad un Savigny, le biografie intellettuali di autori ben più di lui trascurati, ma ciò nondimeno essenziali per la comprensione del *milieu* dove quegli si troverà ad operare <sup>(8)</sup>.

---

di qualche disinvoltura nell'utilizzazione, al di là del naturale rapporto di citazione, di risultanze riconducibili tra l'altro alle analisi dei testi medesimi sottoposti a critica.

Oltre al suggerimento relativo al ruolo del pensiero religioso nella formazione dei dogmi privatistici (sul quale dello stesso autore è da ricordare il precedente interessante saggio *Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willens-theorie im heutigen Vertragsrecht*, in G. DILCHER - I. STAFF (Hrsg.), *Cristentum und modernes Recht*, F.a.M., 1984, p. 255 ss.), ci sembra comunque accoglibile l'invito su accennato — valido ovviamente soprattutto nel quadro dei futuri studi che (necessariamente) dovranno venire ad occuparsi della 'lacuna' relativa al Savigny 'dogmatico' — se lo si intende però nel senso di dare maggior rilievo non già al ruolo del diritto romano *sic et simpliciter*, ma al rapporto di Savigny con quelle certe fonti da lui a preferenza di altre trascelte, e, appunto, sui motivi che stanno alla base di questo tipo di operazione. Profilo di ricerca che dovrebbe inoltre coinvolgere, per una migliore comprensibilità ed evidenza dei risultati, anche gli autori immediatamente 'precedenti' (Hugo, Thibaut, Glück), nonché tendenzialmente il tipo di rapporto con le fonti caratteristico degli autori cosiddetti 'Pandettisti'.

<sup>(8)</sup> Basterebbe ad illustrare questa esigenza il riferimento all'assenza nella letteratura, non solo recente, di una simile biografia globale per il caso di Gustav Hugo; assenza che verrebbe fatto di 'denunciare' come clamorosa se non fosse che la sua singolare 'sfortuna' perdura anche nel settore specialistico che più naturalmente potrebbe ancor oggi a lui far riferimento: ovvero quello della storia della storiografia 'antichistica' od anche di storia del diritto romano. Ad esempio, nelle due ultime raccolte di saggi di un conoscitore del calibro di A. MOMRGLIANO (*Sui fondamenti della storia antica*, Torino, 1984; *Tra storia e storicismo*, Pisa, 1985) si ha un bel cercare una qualche pista: Savigny, Grimm, Niebuhr, Rubino od ancora, per avvicinarci al quadro culturale gottinghese, Heyne e, distesisissimamente trattato in quattro saggi, Gibbon, sono tutti nomi ben ricorrenti; ma di Gustav Hugo e del suo centrale contributo nessuna traccia.

Non è un caso che Rückert — che pure ha a più riprese annunciato una meritoria iniziativa in questo senso — utilizzi in questa sua analisi quasi tutta la produzione di Giuliano Marini, ma non il saggio su Gustav Hugo, sul quale pure a più riprese viene a prendere positivamente posizione, valutando la sua veste di precursore-contraltare di Savigny.

Prima però di esaminare partitamente questo che rappresenta senz'altro uno dei fini principali (e, possiamo ben dire, raggiunto) che Rückert si riproponeva, ovvero l'acquisizione e la messa a frutto nell'indagine di nuove fonti; nonché, articolatamente, lo schema complessivo del testo, andrà salutata con soddisfazione l'amplessima disamina (pp. 22-57) dall'autore dedicata, sulla falsariga di precedenti intraprese <sup>(9)</sup>, allo stato della letteratura.

Ci limitiamo a segnalare a questo proposito da un lato il notevole arricchimento determinato per il lettore dall'inclusione nel tentativo di storicizzazione di tutta una serie di dissertazioni pochissimo o affatto note <sup>(10)</sup>, nonché, dall'altro — e questo vale soprattutto per il lettore tedesco — il pieno (e adesivo) recupero al dibattito savignyano del lavoro solariano su «Storicismo e diritto privato» (Torino, 1940, rist. 1971; la data di composizione è il 1915-16) <sup>(11)</sup>; un recupero che si iscrive a sua volta nel quadro di una prima e finalmente massiva ripresa del confronto con le linee interpretative scaturenti dalla copiosa letteratura italiana, sinora largamente trascurata nelle monografie germaniche di

<sup>(9)</sup> Cfr. K. LUIG - B. DOLEMAYER, *Alphabetisches Verzeichnis der neuen Literatur über F. C. v. Savigny (1779-1861)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8 (1979), pp. 501-559; e vedi da ultimo — uscito successivamente alla conclusione del manoscritto di Rückert — A. DUFOUR, *Nova et vetera Savigniana*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 4 (1982), pp. 174-193. A questo proposito ci pare meritoria dal punto di vista informativo-bibliografico l'iniziativa da Rückert medesimo adottata di accludere un *Nachtrag* con l'elenco delle nuove fonti e della letteratura uscite dopo la conclusione del manoscritto.

<sup>(10)</sup> Ci limitiamo a ricordarne due, per l'attinenza che rivestono rispetto al profilo del Savigny 'penalista', acutamente messo nel rilievo che dovrebbe competergli da Rückert secondo che avremmo modo di precisare nel testo: M. L. SCHMARJE, *Savigny und das Strafrecht*, Diss. iur. masch., Hamburg, 1948; E. LORENZ, *F. C. v. Savigny und die preussische Strafrechtsgesetzgebung*, Diss. iur. masch., Münster, 1957.

<sup>(11)</sup> Tuttavia va, in inciso, rilevato, che l'utilizzazione si riferisce esclusivamente al su accennato volume, forse in ossequio ad una certa qual ritrosia a ricercare rapporti savignyani con fonti culturali non-idealistiche (leggi settecentesche), ed in applicazione, del resto, dalla tesi centrale del volume. Ci parrebbe tuttavia utile che anche le altre opere solariane entrassero 'in circolo' nella letteratura tedesca; e più specificatamente almeno le altre tre che manifestano una connessione diretta od indiretta con l'argomento qui esaminato: cfr. G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino (1911), 1959; ID., *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino, 1949; nonché ID., *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), edizione postuma a cura di Paolo UNGARI (*Filosofia del diritto privato*. III), Milano, 1980, spec. p. 53 ss.: cap. II, A) *La Scuola Storica e il diritto privato*.

Lo stesso è da dirsi anche per un autore italiano ad altro proposito opportunamente richiamato da Rückert, ovvero Riccardo Orestano con la sua sempre stimolante e per certi versi ancora insostituibile *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, ristampa della seconda edizione, Torino, 1963, (spec. pp. 28-300).

analogo contenuto e tematica, fors'anche a motivo di barriere linguistiche che non possono più aver ragione d'essere <sup>(12)</sup>.

L'impianto del testo si articola sostanzialmente sulla traccia delle ipotesi di lettura già partecipate al convegno fiorentino sotto le vesti di quattro quesiti od interrogativi fondamentali: fu Savigny impolitico e 'unpraktisch'; fu egli da considerarsi totalmente agli 'antipodi' rispetto a Thibaut; ovvero ancora semplicemente «harmonisch und unparteilich»; infine, si può affermare che Savigny fosse filosoficamente un idealista?

Anche le risposte rimangono le medesime già anticipate: le prime tre negative, positiva invece quella all'ultima questione: risposte accuratamente approfondite e precisate nel corso della seconda e terza parte del volume, che viene a sottolineare infine come chiave di volta interpretativa 'profonda' il rapporto savignyano con l'idealismo filosofico ed il suo referente politico, offrendo per alcuni aspetti una interessante *Wendung* nei confronti delle più accreditate e tradizionali ricostruzioni.

Se considerata in tale prospettiva la prima parte funge da fase preparatoria, proprio nel momento in cui si individuano analiticamente le lacune ancora aperte nelle nostre conoscenze savignyane.

Lacune alle quali si oppongono partitamente le nuove fonti acquisite dall'autore anche — ma non soltanto — mediante la messa a frutto dei vari *Nachlässe* savignyani (in particolare di quello marburghese); di questi ultimi e dei numerosi *Nachschriften* dalle lezioni era anzi stata programmata una impegnativa ed articolata edizione critica, la quale purtroppo non sembra più potersi attendere per motivi pratico-organizzativi e finanziari. Tanto più meritoria dovrà pertanto considerarsi l'utilizzazione delle nuove fonti, nonché l'edizione di alcune di esse (e loro catalogazione con l'inclusione per esteso del cosiddetto 'Verzeichnis des Schrankes' secondo l'originale della biblioteca di Münster), quale forma di primo orientamento. Un orientamento che pare concretamente destinato a far stato per lungo tempo appunto anche rispetto alla selva vera e propria di *Nachschriften* dalle lezioni tenute da Savigny nelle varie sedi universitarie e rinvenuti dal nostro (pp. 427-450).

Delle lacune 'esplicite' da Rückert individuate — l'attività politico-pratica, almeno a partire dal 1810 e, accentuatamente, tra il 1842 e il 1848; l'attività del Savigny 'dogmatico'; il cosiddetto 'episodio penalistico', dalla dissertazione del 1800 alla preparazione del corso di

---

(12) Questo 'effetto italiano' lo possiamo senz'altro ritenere frutto — del resto per esplicita ammissione dell'autore stesso — del ruolo di fecondo punto di incontro e di promozione del rapporto tra storiografia giuridica italiana e tedesca assunto dal convegno fiorentino su Savigny già rammentato. Sia come sia, resta innegabile che il 'recupero' al dibattito savignyano in lingua germanica di voci come quelle di Solari, Orestano, Marini, Bretone, Fioravanti, Schiavone (per non citarne che alcuni) costituisce uno degli specifici meriti di Rückert in un quadro comparativo.

diritto criminale in Marburg; il periodo di Landshut (settembre 1808 - aprile 1810) —, il taglio metodologico di biografia intellettuale ed analisi dei presupposti filosofici e teorici generali non ha naturalmente privilegiato — né ovviamente se lo proponeva — la 'lacuna' relativa al Savigny dogmatico in senso stretto.

Come recentemente rilevato <sup>(13)</sup> l'influsso savignyano sulla dogmatica privatistica del 19° e 20° secolo meriterebbero certo di essere approfondito monograficamente; tuttavia un tale lavoro monografico non solo è sinora mancato, ma ben difficilmente lo si potrà attendere in tempi ravvicinati, sia perché presupporrebbe una valutazione differenziata delle *Pandektenvorlesungen* secondo il loro rispettivo valore documentale — che, in forza di quanto appena detto, non potrà presumibilmente essere attinta se non direttamente sui manoscritti —, sia soprattutto perché coinvolgerebbe una conoscenza di molto più approfondita di quella attualmente corrente, e non già solo del trittico savignyano *Besitz-System-Obligationenrecht*, ma dell'intera 'Dogmen- und Institutionengeschichte' dell'epoca moderna. Conoscenze e padronanza che non sarà cosa semplice per un singolo studioso acquisire.

Resta pur tuttavia vero che la ricerca che stiamo esaminando offre anche sotto questo profilo più di un'apertura, specialmente a livello di fonti sinora non prese in considerazione o difficilmente accessibili e ricollegabili alla *Autorschaft* del maestro della Scuola Storica.

Così, ad esempio — e la scelta non può a questo punto che essere dettata dai peculiari interessi di ciascun lettore, data l'abbondanza veramente degna di ammirazione dei materiali filologici offerti —, nuova luce riceve a più riprese (pp. 12 ss., 59 ss.) il rapporto critico che lega Savigny ad un autore come Glück, la cui importanza è soltanto pari all'oblio di cui a tutt'oggi gode. Nuova luce che può ora fondarsi sull'individuazione di una rimarchevole recensione del nostro al lavoro glückiano *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von Interstaterbfolge* (Erlangen, 1803) apparsa nel 1804 nella *Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung*, della quale già Rudorff nel 1863, senza ulteriormente scendere nel merito, rilevava come soltanto a motivo di una svista non fosse stata inclusa nei *Vermischte Schriften*.

Od ancora, andrà ricordata l'utilissima catalogazione valutativa dei 'materiali' relativi alle opere dogmatiche (e non) effettivamente pubblicate, nonché alle lezioni. Catalogazione all'interno della quale meritano in special modo di essere sottolineate le glosse 'marginali' preparatorie al secondo volume sulle obbligazioni del 1853 (§ 51) — poi però non riportate nel testo —, laddove Savigny a proposito delle questioni relative alla nascita del rapporto obbligatorio prendeva

(13) Cfr. J. SCHRÖDER, *Zum Einfluss Savignys auf den Allgemeinen Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (Paul Mikat zum 60. Geburtstag am 10.12.1984, gewidmet), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), pp. 619-633.

posizione nettamente negativa proprio sotto il profilo dogmatico-ricostruttivo riguardo ai precedenti tentativi, soprattutto di Gans, Rudhart e Unterholzner (p. 138), dando così però prova di aver utilizzato in questa fase i loro testi.

Squarci ed aperture quindi tutte suscettibili di notevolissimi e talora affascinanti sviluppi, ma che comunque appunto anche allo stato attuale gettano una qualche diversa luce sul rapporto tra Savigny e la letteratura coeva: un rapporto reso così complicato per l'interprete a motivo della scarsa propensione savignyana a dar poi conto nel testo dato alle stampe di tutte le suggestioni o idiosincrasie che l'avevano mosso.

Non minore interesse ci pare rivestire la rivalutazione del significato globale assunto dal cosiddetto 'episodio' penalistico.

Sulla falsariga della testimonianza del 'maestro' di Savigny Weis — acutamente riportata in un luogo sinora inedito di quell'attento osservatore che sempre fu Gustav Hugo —, ed ancora della convinzione espressa da un'altro ottimo conoscitore di cose savignyane come appunto il già rammentato Rudoff, diviene possibile a Rückert ipotizzare che le radici di alcune delle dottrine giuridiche fondamentali del nostro — e particolarmente la determinazione del rapporto tra diritto e *Sittlichkeit*, il rigido concetto di legge della 'Metodologia', la sua stessa aspirazione ad una certezza del diritto ottenibile mediante la precisione concettuale sistematica, la sua rigorosa dottrina dell'interpretazione, nonché ovviamente la medesima utilizzazione della *Imputationslehre* nella dottrina delle obbligazioni contenuta nelle *Pandette* di Landshut (pp. 67-71) — siano da rinvenire all'interno di questa troppo trascurata matrice penalistica, i cui fermenti vitali rimasero a lungo conservati anche dopo la svolta civilistica, per riemergere infine con forza.

Laddove comunque la ricostruzione della vicenda intellettuale del fondatore della *Historische Schule*, con le sue fittissime relazioni epistolari e di dibattito con i contemporanei, si fa più stringente rispetto alla linea conduttrice diremmo 'privilegiata', volta a calare la *Jurisprudenz* savignyana nell'*humus* idealistico-politico, la tastiera diviene senza meno polifonica.

Così l'illustrazione del suo rapporto con Thibaut (pp. 160-193) che — 'in contemporanea' con la fondamentale biografia di Polley, arricchita dall'edizione di un vastissimo carteggio thibautiano<sup>(14)</sup> — rimette in questione molti dei luoghi comuni intesi a determinarlo soltanto sotto il segno dell'antitesi (come si sa spesso interpretata in maniera unilateralmente 'politica'); ed anche qui non mancano interessanti analisi dogmatiche, utilizzate topicamente, come ad esempio

---

(14) R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen*, Bd. 1 u. 2, Frankfurt am Main - Bern, 1982.

accade in riferimento alla celebre controversia sulla *Culpa-Lehre*, nella sua veste di segnale delle diverse posizioni relative al problema della certezza del diritto: controversia che non a caso vede Thibaut schierato (contro Hugo) su posizioni decisamente savignyane.

Una finezza differenziatrice di una sottigliezza così consapevole da sfiorare talvolta l'estenuazione emerge ancora nel momento in cui si procede ad una valutazione delle innumerevoli altre prese di posizione che si susseguono nel tempo: su Adam Müller, Schlosser, Haller, Perthes, Hugo, Feuerbach, sugli *Hallische Jahrbücher* — ma l'elenco restituisce solo una piccola parte dei contesti analizzati —, i giudizi si mostrano spesso ben lontani da una pretesa olimpica 'imparzialità', e stanno piuttosto ad indicare una specifica « *reformkonservative Eignung doppelbödiger Gesamtheorien* », che può così fungere da preludio all'analisi dell'idealismo di Savigny, senz'altro l'apice costruttivo dello sforzo storiografico intrapreso nel testo.

Sforzo che riceve dalle risultanze delle valutazioni appena ricordate il suo retroterra politico-costituzionale, nella dialettica 'riforma dall'alto (via « Staat » e *Rechtszustand*) - riforma dal basso'; un retroterra che è suscettibile, inoltre, di spiegare come mai in realtà i liberali ed i conservatori potessero giungere a livello di risultati su posizioni così assimilabili (pp. 194-231). Né poteva esser dubbia, in ogni caso, la 'scelta' savignyana.

A questo punto bisognerà però limitarsi a qualche breve annotazione sul criterio definitorio e — ancora una volta — a qualche accenno 'tematico', dacché il tema 'idealismo' richiederebbe, per poter essere seguito nella particolareggiatissima ed informatissima disamina rückertiana, uno spazio di cui non disponiamo.

È utile allora ricollegarci a quanto osservavamo in apertura sulla rottura — che si situa, potremmo dire, *lato sensu* a livello di storia della storiografia — rispetto al tipo di approccio 'attualizzante' più sopra descritto per rapidi tratti. Di questa rottura Rückert medesimo è consapevole innanzitutto 'per relazione' nei confronti di *Standardwerke*, quali quelle di Coing o Wieacker, che, non per caso, sono (correttamente) viste tendere verso una esclusione dalla nozione di 'idealismo' della filosofia kantiana — laddove, coerentemente, 'idealistico' non valeva certo senza residui come aggettivazione 'positiva' — e, ad un tempo, rivolte a sottolineare fortemente le valenze kantiane del pensiero metodologico e dogmatico di Savigny (pp. 2 ss.).

Ma ne è altresì consapevole a livello più generale quando passa a determinare quello savignyano come idealismo 'obiettivo', « also nach einem Denken und Reden, das in der Wirklichkeit ein Absolutes, Allgemeines, Notwendiges usw. walten sieht », quasi secondo il principio-premessa « *alles ist gut* » di hölderliniana memoria (pp. 234, 337 ss.).

Di questa accezione vengono infatti esplicitamente respinte tutte le valenze e gli appigli « attualizzanti-speculativi », com'egli stesso li

definisce, adducendo una tradizione in tale senso, che andrebbe da Michelet fino a Kroner, da Dilthey sino ..., nuovamente, a Coing (p. 234).

Precisando ancora il senso nel quale si intende far uso di questa accezione, si ritiene in realtà sostanzialmente non necessario o addirittura superfluo ordinare Savigny alla specifica sequela di una qualsiasi delle filosofie sistematiche che introducono un simile *Neueinsatz* obiettivistico-metafisico: il passaggio che viene operato a partire dalle categorie trascendentali kantiane — segnate da un approccio di carattere tendenzialmente più gnoseologico, critico, soggettivo e dualistico — da autori come Schlegel, Hölderlin, Schelling, Hegel (*Idealrealismus*, *Realidealismus*, *Identitätsphilosophie*, *Vereinigungsphilosophie*), attutisce le loro differenze a « mere variabili all'interno di una comune cornice metafisica » (p. 236), nell'ambito delle quali si crea ora, per la prima volta così sistematicamente ed esplicitamente, uno 'spazio savignyano'. In inciso potrà essere semmai notata — in una fase di prima, rapida delibazione — una certa qual specularità rispetto alle criticate prese di posizione di Wieacker, Coing o Kiefner; sol che adesso, sintomaticamente, è Kant a restare tendenzialmente 'fuori' dalle prospettive savignyane.

Nelle movenze di questa interpretazione vanno sicuramente individuate pagine che possono sin da ora valere come 'classiche', a prescindere da anticipazioni riscontrabili in letteratura in relazione a singoli aspetti od autori: l'analisi della concezione savignyana della 'verità' come unico generale criterio, come immediatamente ampliata « zum einzigen Gesetz » per arte e scienza, prassi e teoria (pp. 237-240); la *Metaphysik des « Natürlichen »* e la centralità in questo senso assunta dalla trascrizione dei passaggi holderliniani dall'*Hyperion*, laddove « diviene Ideale, ciò che era Natura » (pp. 141, 254 ss.); i parallelismi e le differenze rispetto alle posizioni sostenute dai giuristi 'schellinghiani' Collman e Molitor per la rifondazione della scienza giuridica secondo il principio di un « realismo trascendentale » (pp. 271 ss., 321 nota 91, 330); l'analisi della *Doppelung* dell'oggetto 'diritto' che conduce ad una conseguente *Doppelung in der Methode* (pp. 331 ss.), per concludere con l'applicazione all'interno della filigrana teorica savignyana dello schema *Natur-Kunst* (in Hölderlin 'Natur-Ideal'; in Schelling 'Natur-Kunst', appunto; in Hegel 'Dialektik') al diritto e alla scienza giuridica (pp. 335 ss.).

Altre pagine appaiono più problematiche, come quelle (pp. 360 ss.) volte a far emergere *Spuren*, tracce di deciso idealismo oggettivo sin dal « Diritto del Possesso » (1803), ed ancora più a ritroso — ed univocamente — anche nella *Methodenlehre* del 1802-1803, senza confrontarsi approfonditamente — data forse la già segnalata ritrosia a spingere lo sguardo su di un ampio spettro di autori settecenteschi — con le risultanze delle analisi sviluppate da ultimo soprattutto da Maximilian Herberger, fino al punto di scorgervi anche una certa vicinanza

alle concettualizzazioni di stampo wolfiano, solo successivamente rimossa <sup>(15)</sup>.

In chiusura va quindi certamente messa in pieno rilievo la sensazione di ammirazione per una fatica così 'immane' — diciamolo pure — e di tale fruttuosità e ricchezza di futuri sviluppi quale di rado è dato constatare.

Ma non soltanto questo aspetto ci preme segnalare. Vogliamo qui invece cercare di rispondere, altresì, a quella diversa domanda che urgeva dietro la rilevazione della peculiare nozione — 'indifferenziata', ma certo legittima — d'idealismo oggettivo: quali sono, cioè le condizioni che hanno per la prima volta permesso con una tale *immediatezza* la proposizione della questione generale relativa all'idealismo savignyano come chiave interpretativa centrale e globale.

Una prima condizione l'abbiamo già registrata allorché abbiamo annotato il tipo di rottura consapevole rispetto alla storiografia 'neopandettistica': essa non è tuttavia sufficiente.

La seconda, e forse decisiva, ci è suggerita da una brevissima constatazione: una simile rottura si compie in realtà implicitamente anche rispetto ad un altro modello storiografico; quel modello che aveva trovato i suoi migliori rappresentanti in Walter Wilhelm e Peter von Oertzen <sup>(16)</sup>, per non fare che due soli nomi. Una rottura che si consuma e diviene evidente — se pur si voglia far astrazione dal diverso rapporto di 'lettura' con le fonti filosofiche 'idealistiche' — sul piano della medesima letteratura 'secondaria': Marx, Lukàcs, Adorno, Horkheimer, Marcuse, od ancora E. Kaufmann, Max Weber, Loewith,

<sup>(15)</sup> M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pp. 385-389.

<sup>(16)</sup> Lo studio di W. Wilhelm sulla metodologia giuridica nel secolo XIX è troppo noto, perché noi si debba starne qui a ricordare meriti che a tutt'oggi valgono come acquisizioni e punti di partenza; del resto Rückert dà anche il dovuto riscontro della sua non incontrastata (per motivi politici) recezione (cfr. p. 51 nota 212). Può in questo contesto suonar invece singolare il riferimento al lavoro di P. v. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissensoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, hrsg. u. mit einem Nachwort von D. STERZEL (1953), Frankfurt am Main, 1974, infatti non citato, né utilizzato da Rückert. Ma — a prescindere dalla circostanza che esso metodologicamente si muove appunto in una linea di storia 'sociale' del pensiero giuridico tipica di quegli anni, che lo accomuna per più rispetti e per novità d'impostazione al lavoro di Wilhelm — resta pur sempre il fatto oggettivo e contenutistico della presenza al suo interno di scarse ma lucidissime pagine sul rapporto Savigny-Puchta in relazione al problema dello Stato (p. 140 ss.): pagine che meritano ancor oggi di essere tenute presenti. Che questa pagine siano poi originate dalla riddiscussione di un saggio di Erich Kaufmann cui faremo più oltre cenno, ci conferma nella nostra impressione che, comunque, questo tipo di storiografia ormai 'fuori moda' in Germania, si basasse su di un rapporto — certo anch'esso mediato — con la tradizione dell'idealismo 'classico' diverso e più 'forte' di quello dalla storiografia attuale mantenuto. Altra questione è giudicare se questo 'rilassamento' di vincoli culturali sia o meno consapevolmente voluto, dal momento che a questo punto entrano in giuoco, tra l'altro, aspetti di politica culturale anche a livello più globale; come potrebbe essere, ad esempio, l'attuale predominanza dei paradigmi di filosofia analitica anglosassone rispetto a quelli 'idealistico-ermeneutici'.

Mann, Kelsen, Carl Schmitt, Gadamer, Esser, autori cioè tutti che, in positivo od in negativo, mantenevano vivo un legame *immediato* e diretto con la tradizione idealistica, non sono più presenti, o non costituiscono più punto di riferimento privilegiato (17).

(17) Molti dei nomi appena ricordati ricorrono anche nelle pagine metodologiche del testo di von Oertzen (pp. 7-57); tre di essi possono fungere esemplarmente da illustrazione al nostro assunto. Innanzitutto: come abbiamo più volte accennato Rückert pone uno dei punti di forza della sua riflessione nella risposta al quesito relativo alla 'impoliticità' di Savigny (pp. 194-223, 376 ss.), risposta già anticipata in parte al convegno fiorentino. Interrogativo tutt'altro che ingenuo o 'innocente'; e tuttavia non ne incontriamo mai una valutazione alla luce delle tesi di colui il quale più acutamente, e dolorosamente, aveva riflettuto sul senso del termine nell'esperienza storica tedesca con le sue *Betrachtungen eines Unpolitischen*: Thomas Mann, appunto.

E poi ancora: allorché si analizza la concezione dello Stato in Savigny — e pur lo si fa con grande acutezza, specialmente per quanto riguarda l'interpretazione dei passi della *Methodenlehre* (p. 312 ss.) — non viene presa alcuna notizia delle discutibili, se si vuole, ma certo stimolanti osservazioni di Erich Kaufmann (*Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzip*, 1906; cfr. P. v. OERTZEN, *op. cit.*, p. 130 ss.), laddove può essere a questo punto interessante ricordare la 'vicinanza' di quest'ultimo con Gierke ed Hegel.

Conseguentemente: pur partendo dalla giustificatissima — a nostro avviso — preoccupazione di cogliere i momenti specifici di comunanza tra Savigny ed Hegel in una altrettanto tendenzialmente comune matrice idealistica, il rapporto reale Savigny-Hegel rimane marginale nelle prospettive di Rückert; come sinora lo è ampiamente rimasto nella storiografia giuridica tedesca (cfr. al proposito il nostro *Cinque secoli di giurisprudenza tedesca: presenze e assenze*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13, 1984, pp. 549-559).

Vero è che già nel 1943 Carl Schmitt — ma anch'esso non traspare da queste pagine — nel suo celebre *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958, pp. 408 ss.) aveva sottolineato con forza (restando come si vede sostanzialmente inascoltato) la centrale importanza e necessità d'una delucidazione del rapporto Savigny-Hegel: »Das grosse Thema des tiefen Verhältnisses von Savigny und Hegel hätte ich nur mit einer eingehenden, weit über den Streit der Fakultäten hinausgehenden, umfangreichen Arbeit beantworten können. Dass ich eine solche Arbeit nicht vorlegen kann, gehört zu den grossen Versäumnissen meines Lebens. Schon meiner Dissertation «Ueber Schuld und Schuldarten» von 1910 hatte Karl Binding mit vollem Recht entgegengehalten, dass ihr die Auseinandersetzung mit dem Hegelianischen Strafrecht fehlt» (p. 428; sul punto vedi P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982, p. 73 ss.).

Una ricerca sul tema dovrebbe partire dalle direttrici testuali indicate in A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari, 1984, spec. p. 11 ss. e note corrispondenti. Da ultimo cfr. il nostro *Systema iuris*, II, Milano, 1985, p. 271 ss. Per un utilissimo bilancio della storiografia precedente cfr. G. MARINI, *I rapporti Savigny-Hegel nella storiografia recente*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9 (1980), pp. 113-164, del resto rammentato opportunamente anche da Rückert.

Resta superfluo aggiungere che queste minime annotazioni sono soltanto rivolte a constatare — partendo da specifiche 'scelte' bibliografiche, come tali rimesse alla sovranità dell'interprete — un *oggettivo* mutamento del 'senso di marcia' che ci pare la nuova storiografia giuridica tedesca degli anni '80 stia vivendo, o perlomeno avviando.

In questa prospettiva viene anzi ad impallidire la differenza di impostazione tra gli autori delle generazioni precedenti — si chiamino essi Coing o Wilhelm, Wieacker o von Oertzen —: il che val quanto dire che l'esplicita tematizzazione storiografica del problema 'idealismo giuridico' savigniano si è potuta dare non prima di una radicale fuoruscita — quanto meno a livello di tendenza — da quella medesima tradizione.

Un aspetto questo del quale ci pare vada spassionatamente preso atto, ma su cui conviene retrospettivamente meditare.

Può allora valere a non casuale segnale di questa 'disattivazione' — che potrebbe tuttavia non corrispondere nei risultati ad un'altrettanto decisa disattualizzazione, in tutti i suoi profili, rispetto al presente del giurista positivo — la citazione wittgensteiniana — « Man kann zu allem eine Atmosphäre hinzukonstruieren. 'Ein unbeschreiblicher Charakter' » (Philosophische Untersuchungen, 1953, nr. 608) — che idealmente conchiude il discorso su questo 'nuovo' Savigny.

Di questa 'atmosfera' nuova da Savigny a suo tempo introdotta nella riflessione giuridica non si darà certo per lungo tempo descrizione più completa o tracciata con mano più sicura: anche se resta dubbio che per allontanarsi definitivamente da essa sia sufficiente cercare di separarsene in maniera recisamente 'a-dialettica'.

A riprova, forse, di un detto la cui finale verità sembra potersi applicare non senza adeguatezza anche alla 'fortuna' di Savigny: « chi ha respinto i suoi demoni, ci 'importuna' con i suoi angeli » (Henri Michaux). In definitiva, di Savigny sentiremo ancora parlare.

PAOLO CAPPELLINI

Reiner SCHULZE, *Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert* (Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 25), Berlin, Duncker u. Humblot, 1982, pp. 242.

L'autore del presente saggio si era già segnalato agli occhi dei non pochi 'addetti ai lavori' su questi o su temi affini, con una serie di ricerche avviate nell'ambito del quadro istituzionale del XVIII secolo offerto a più riprese da Gerhard Dilcher: quadro sedimentatosi poi specificatamente nel contributo dedicato a « Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht » (JZ, 1969, pp. 1 ss.). Lavori tutti, quelli di Schulze, incentrati pertanto su tematiche relative alla legislazione e alla riflessione scientifica sulla medesima a cavallo tra tardo settecento e primo costituzionalismo <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> R. SCHULZE, *Die Polizeigesetzgebung zur Wirtschafts- und Arbeitsordnung der Mark Brandenburg in der frühen Neuzeit*, Aalen, 1978; Id., *Johann Georg Schlos-*

Da ultimo andrà rammentata, perché immediatamente congruente al contesto di cui ci stiamo occupando, l'uscita recentissima in traduzione italiana di un suo intervento — scritto in collaborazione con Robert Mizia — sull'oggetto e sui metodi della storiografia amministrativa di lingua tedesca <sup>(2)</sup>.

Vale infatti subito la pena di esprimere qualche considerazione sulla tesi fondamentale e specifica al saggio in questione; tesi, comunque, che in prima istanza appare più celata che esplicitata da un titolo che pur si presenta carico di suggestioni, data la centralità di concetti quali 'Polizia' e (scienza o dottrina della) 'Legislazione' per tutto l'ampio corso del secolo diciottesimo: tesi, altresì, sottesa soprattutto alla seconda e terza parte — senz'altro le più originali — di un lavoro che non esitiamo a definire di notevolissimo interesse — e tale da poter essere collocato al pari non solo dei recenti contributi sul tema, ma fors'anche di qualcuno dei 'classici' <sup>(3)</sup>.

Se nel corso di questa rapida analisi ad essa ci atterremo, più che a un pedissequo, ancorché critico, resoconto ciò è determinato dal fatto che ci sembra di dover pur sempre riconoscere che tale tesi costituisca contributo di tutto rilievo alla corretta impostazione di uno dei problemi metodologici e pratici attualmente più scottanti dell'intera storiografia amministrativa, perlomeno 'di seconda e terza generazione'.

A voler prescindere infatti dalle ripetute sollecitazioni, dovute alla penna di E. Mäding <sup>(4)</sup>, e volte ad intendere la storia dell'amministrazione non, staticamente, come storia delle istituzioni amministrative

*ser und die Idee eines reinen Zivilrechts-Gesetzbuches*, in *Zeitschrift für historische Forschung*, 1979, pp. 317 ss.; ID., *Statusbindung und Allgemeinheit der Bürgerrechte in Verfassungstexten und Staatslehre des frühen deutschen Konstitutionalismus*, in DILCHER, HOKE, PENE VIDARI, WINTERBERG (hrsg.), *Grundrechte im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main u. Bern, 1982; ID., *Geschichte der neueren vorkonstitutionellen Gesetzgebung. Zu Forschungsstand und Methodenfragen eines rechts-historischen Arbeitsgebietes*, in *ZRG(GA)*, 98 (1981), pp. 157-235.

<sup>(2)</sup> R. SCHULZE - R. MIZIA, *Germania e Austria*, in *ISAP - Archivio - Nuova serie*, 3, *L'amministrazione nella storia moderna*, vol. 2, Milano, 1985, pp. 2243-2308.

<sup>(3)</sup> Cfr. almeno il celebre lavoro di H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre* (1966<sup>1</sup>), München, 1980, 2., neubearbeitete und ergänzte Auflage; di poi soprattutto — sempre sulla scia di quel lavoro e sulla base, inoltre, delle prospettive aperte da W. Hennis, H. Kuhn e J. Habermas — J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht. Ein Beitrag zur Geschichte der Politischen Wissenschaft im Deutschland des späten 17. und frühen 18. Jahrhunderts*, München, 1977; inoltre le indicazioni offerte da F.-L. KNEMEYER, *Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 92 (1967), pp. 154 ss. e, da ultimo, il notevole P. PREU, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriff durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts* (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien 124), Göttingen, 1983.

<sup>(4)</sup> Cfr. E. MÄDING, *Verwaltungsgeschichte als Aufgabengeschichte*, in « *Die Verwaltung* », XV (1982), pp. 193 ss., e, sul punto, la valutazione di R. SCHULZE - R. MIZIA, *loc. cit.*, pp. 2267 ss.

— o degli ‘apparati’ —, nella dimensione della loro suddivisione e posizione ‘giuridica’, quanto piuttosto, funzionalisticamente, come « storia dei compiti » o, appunto, delle *funzioni* amministrative — pur facendo salve le istanze di una maggior commistione da parte della storiografia tra elementi descrittivi e trattazione ‘critica’ — andrà tuttavia rilevato come anche una ricerca che si collochi esplicitamente su di un piano *theoriegeschichtlich*, non possa completamente rinunciare all’esigenza di contribuire — almeno a livello di risultati — ad una migliore (quando non piuttosto ad una prima) definizione e delimitazione del suo oggetto come oggetto dotato di una sua propria specificità.

Schulze, al contrario di molti autori a lui conterranei — che interpretano in modo assai restrittivo le ‘più rarefatte’ problematiche teoriche suscitate da contesti (invece?) prettamente ‘storici’ — è ben conscio del fatto che una simile storia (amministrativa) può essere realmente compresa solo all’interno del medesimo contesto politico, economico e sociale preso in esame. Ciò non è tuttavia ovviamente sufficiente a chiarire l’angolo visuale ‘specifico’ di cui si discorreva; angolo visuale che si rivela particolarmente delicato da individuare in una storia dell’amministrazione ‘precontemporanea’, data l’assenza all’interno delle stesse fonti primarie del più agevole — seppur talora ingannevole — segnale di riconoscimento ‘a vista’, che potrebbe, per l’appunto, essere dedotto dall’utilizzazione del *termine* ‘amministrazione’ (*Verwaltung*).

È invece evidente che laddove emergono termini quali quelli di *administratio*, « Amt », o *Policey* si apre piuttosto una strada di ‘comparazione’ di contenuti semantico-funzionali, alla conclusione della quale non si potrà avere come conseguenza che una problematizzazione in profondità delle possibilità di applicazione dell’odierno apparato concettuale: dal concetto di esecutivo, di interdipendenza tra le funzioni statuali e di governo, per giungere infine alla medesima definizione che in realtà fonda (e fa da ‘sottofondo’ alla) moderna scienza del diritto amministrativo, ovvero al concetto, risalente ad Otto Mayer, che ravvisa ‘negativamente’ nell’amministrazione quell’attività statale non definibile come legislazione o come giustizia <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Cfr. i significativi passi di Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. Band (1895), München und Leipzig, 1924 (Dritte Auflage): « Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, ausserhalb der Justiz » (p. 13) ed in precedenza con interessanti riferimenti a Klüber, Schmitthener e Stahl — nonché a chiarimento di quell’« unter seiner Rechtsordnung » —: « Die Ausscheidung des Begriffes der Verwaltung vollzog sich in der deutschen Rechtssprache in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts im Anschluss an die Einführung des neuen Verfassungsrechtes und des damit einsetzenden Streben nach weitere Ausbildung des öffentlichen Rechtes. Der Begriff brachte die Forderung des Rechtsstaates mit auf die Welt: die Ver-

Si intuisce allora tutto l'interesse di una posizione del problema — quale quella in esame — che sia volta ad individuare il contributo specifico della *Polizeilehre* per lo sviluppo delle concezioni relative alla legislazione durante il periodo dell'Assolutismo; e in modo particolare quando si giunga, come fa l'autore, a rendere assai plausibile la necessità 'idealtipica' di parlare di una dottrina della legislazione *specificata* ed interna alla Scienza di Polizia («*polizeiliche Gesetzgebungslehre*») a partire dalla seconda metà del Settecento (pp. 32-36).

Dopo aver infatti gettato un succinto quanto informativo sguardo (pp. 37-59) ai primordi della letteratura 'pre-illuministica' (da Oldendorp a Seckendorff, per intendersi) che inizia ad occuparsi della nozione di Polizia sotto l'angolo visuale prescelto (rapporto concettuale con la *Normgebung*), ed avere verificato la sostanziale assenza di autonomizzazione sistematica di una qualche dottrina della legislazione che fosse in grado di commisurare contenuti regolativi e corrispettive forme sul metro dell'adeguatezza o conformità allo 'scopo dello Stato' inteso sotto gli auspici della nozione di *Wohlfahrt*, si passa successivamente ad analizzare il contributo, innovativo rispetto ad entrambi i profili, apportato dalla dottrina giusnaturalistica della *prudencia legislatoria*. Essa, quale ramo di una *Staatsklugheit* che ormai viene intesa come equivalente con la politica assume una veste tale da porla in grado di influenzare o racchiudere la medesima dottrina della legislazione — particolarmente rilevanti appaiono qui le riflessioni sui primi accenni nella direzione di una considerazione *scientifica* nell'ambito della *Staatsklugheit* del rapporto con l'attività legislativa; accenni 'messi in moto' da Julius von Rohr sulla base del suo duplice legame con le dottrine thomasiana e wolfiana, dall'autore in precedenza esaminate (pp. 64-78). Altrettanto può dirsi per l'inclusione nell'orizzonte problematico dei progressi compiuti dalla cameralistica nel campo dell'economia sino all'assurgere a dignità d'insegnamento accademico (ad Halle e Frankfurt-Oder nel 1727).

La 'svolta' verso un concetto 'sistematico' e specifico di 'poli-*zeiwissenschaftliche Gesetzgebungslehre*' si compie tuttavia soltanto

---

waltung ist von Anfang an gedacht als Tätigkeit des Staates, die bestimmt ist, unter seiner Rechtsordnung, unter der neugeschaffenen Form ihrer Erzeugung, unter seiner Gesetzgebung zu stehen» (p. 9). Da ciò consegue ad avviso di Mayer appunto che ogni attività dello Stato che sia diretta alla realizzazione dei suoi scopi, ma con la quale si fuoriesca dall'ambito di questo ordinamento giuridico, non possa essere definita come «amministrazione»: che lo Stato ne sia capace o 'lo possa' costituisce allora non altro che un'obiezione — si badi — che è in grado di creare difficoltà «soltanto ad un pensiero affetto da visuali unilateralmente civilistiche». È d'altro canto ovvio che un simile concetto di amministrazione, che viene *ab ovo* formulato come «dipendente» da una puntuale circostanza storica, crei non poche difficoltà qualora, contro le intenzioni espresse al momento della sua introduzione (mettendole tra parentesi), si cerchi di applicarlo all'età pre-rivoluzionaria.

verso la metà del XVIII secolo a partire dai lavori di Zincke <sup>(6)</sup> e Johann Heinrich Gottlob von Justi (pp. 87 ss.), per approfondirsi poi, da un lato, in un senso più apertamente assolutistico con Joseph von Sonnenfels (pp. 99 ss.), o, dall'altro, cautamente rivolto invece ad 'assicurare' (e riconoscere il valore di) una sfera «bürgerlicher [privater] Belange» (p. 105), in un tentativo di svincolarsi in tal modo — e nei limiti del possibile — dalla prassi legislativa dell'Assolutismo.

Anche a voler astrarre dal valore intrinseco dell'analisi riservata ai singoli autori — va a questo proposito menzionato il particolare interesse che riveste l'inclusione all'interno della linea interpretativa proposta (che, lo diremo meglio tra breve, scorge a fondamento di questa peculiare dottrina della legislazione una concezione di 'Policy' come «ständige Gestaltungsaufgabe» in definitiva mirante ad una continua produzione di 'singole' leggi) della disamina della Scienza della Legislazione filangeriana (pp. 110-114), sebbene quest'ultima non operi con il concetto di Polizia in riferimento alla legislazione —; ed anche al di là dell'interessante paragrafo (pp. 114-124) dedicato alla collocazione di una tale specifica dottrina della legislazione nell'ambito della Cameralistica, nonché al suo rapporto (di carattere fortemente anti-tradizionalistico) rispetto alla coeva giurisprudenza positiva, che viene vista come per lo più intesa alla conservazione dei diritti di ceto dei diversi ordini; al di là di tutto ciò, lo ripetiamo, vale soprattutto la pena di sottolineare il significato che deve essere attribuito al tentativo di enucleazione 'concettual-tipologica' dell'*autonomia* che spetta al modello normativo della 'scienza di Polizia' rispetto — ed in contrapposizione — alla struttura dei codici tardo-giusnaturalistici ed illuministici con finalità primariamente individuate a livello di contenuti *privatistici* — e, più in generale, rispetto all'ideale codificatorio (che allora appunto si forma nel senso dell'utilizzazione 'ideale' del concetto di *Kodifikation*) del primo Ottocento (pp. 33 e 226).

Idee-guida e modelli regolativi che vanno dalla secolarizzazione, dalla critica ai materiali giuridici ed ai complessi di norme del diritto tradizionale, alla sistematizzazione, ad una relativizzazione del diritto naturale in favore della giustificazione teorica delle competenze legislative dello Stato: laddove l'interesse maggiore della trattazione, il principale accento va collocato su di uno specifico aspetto dell'*autonomia* del modello.

La legislazione viene cioè concepita e consegue non altrimenti che sotto le specie di una molteplicità, di una 'quantità' di regole singo-

---

(6) Da ultimo su di lui — ma in diversa prospettiva, e comunque senza prender visione delle analisi di Schulze — cfr. C. NATALI, *Il pensiero tedesco dell'età moderna e le difficoltà dell'aristolismo economico: la fondazione della scienza camerale in G. H. Zincke (1692-1768)*, in F. FAGIANI e G. VALERA (a cura di), *Categorie del reale e storiografia. Aspetti di continuità e trasformazione nell'Europa moderna*, Milano, 1986, pp. 193-208.

lari, e non mediante un'unico atto normativo ' tutto-comprendente ' di elaborazione e emanazione di un codice. A queste regole ' individue ', ' puntuali ' possono competere campi di validità ed applicazione del tutto differenziati sia sotto il profilo personale come anche contenutistico. Ad esse appartengono cioè indifferentemente norme generali, altrettanto bene di quelle norme previste per cerchie più ristrette o addirittura pensate in via concreta-individuale per soggetti determinati, data la grande rilevanza che ancora per tutto il 18° secolo spetta alle norme attributive di monopolio e alla ripartizione di privilegi.

Ma in forza del principio fondamentale della continua perfettibilità di una siffatta legislazione — « die Policy ist niemals unverbesslich » — (quindi anche oltre il ' diritto ' d'esame critico della loro conformità al complesso della normativa sino ad allora emanata e alle circostanze di una crescente dialettica, dovuta all'Illuminismo, tra singolo e Stato) vale ch'esse debbano necessariamente e con continuità essere modificate per adeguarle ai progressi conoscitivi della scienza della legislazione medesima.

In una parola la *fluttuazione* normativa diventa desiderabile ed anzi necessaria come ' valore ': essa esclude altresì che si possa aspirare nell'ambito del complesso normativo ' di polizia ' ad atti di regolazione che pretendano assicurare la certezza del diritto mediante una qualche forma di *Festigkeit*. Alla fluttuazione ' permanente ' del complesso normativo, fa allora invece da riscontro la *permanenza* della scienza della legislazione: essa non può in ultima analisi — altrettanto poco di quanto lo possa il legislatore — ritrarsi dietro la cinta di protezione di un assetto normativo appena prodotto, trasferendo la responsabilità nei confronti dell'ordinamento giuridico sanzionato statualmente al gioco combinato di giurisprudenza e giustizia (pp. 223 ss.).

A merito di Schulze va comunque ascritta anche la lucidità con la quale si avvede delle convergenze rispetto a questi postulati da parte dei sostenitori dei progetti di codificazione tedeschi nel tardo Settecento (pp. 138 ss., 226).

A coronamento della sua fatica l'autore segue il processo di lenta ' dissoluzione ' di questa speciale forma di *Gesetzgebungswissenschaft*: dai bagliori della « Polizey der Gesetzgebung » come sezione di una ' Polizia della Libertà ' in Heinrich Jung-Stilling (pp. 194 ss.), alla sua definitiva neutralizzazione, con il reinserimento verificatosi agli inizi del nuovo secolo nel grande e più indifferenziato alveo della *allgemeine Gesetzgebungslehre* ad opera di teorici come J. A. Bergk e K. S. Zachariä (pp. 202 ss.).

In definitiva ci si trova di fronte ad un materiale dottrinale e ad una ipotesi di lavoro che, come indicavamo in apertura, possono contribuire — ove sottoposti ad ulteriore approfondimento, proponendosi stavolta esplicitamente una tale finalità — alla delucidazione di alcuni degli aspetti con i quali la storiografia amministrativistica dovrà fare

i conti, andando ben al di là della 'felice oasi' ottocentesca, se pur voglia ancora con successo proseguire nella sua opera di comprensione del presente.

PAOLO CAPPELLINI

*Società, norme, valori. Studi in onore di Renato Treves*, a cura di U. Scarpelli e V. Tomeo, Milano, Giuffrè, 1984.

Tentativo meritorio, peraltro ben realizzato, di questo volume è stato quello di tenere insieme il carattere di un contributo scientifico originale e quello di una testimonianza affettiva. Già il titolo infatti iscrive e delimita il progetto di un'analisi, il disegno di una ricerca che, se oggi non riescono ad essere rappresentati da alcun sapere disciplinare in maniera esclusiva, sono rappresentati dall'itinerario intellettuale di uno studioso, cui la cultura filosofica e sociologica, oltre che la teoria politica e il diritto devono molto.

Come scrivono i curatori del volume, « per onorare la sua opera di studioso ... i collaboratori hanno inteso rendergli omaggio ... esercitando la propria analisi intorno a un tema comune che richiamasse la persona e l'opera di Treves nella sua complessa esperienza e nella sua capacità di attingere e sollecitare interessi nuovi e diversi ». E appunto « società, norme, valori » non soltanto sintetizza l'interesse comune a competenze diverse, ma, in un titolo, riunifica il senso di una lunga ricerca e del complessivo insegnamento di Renato Treves, come mostra la preziosa bibliografia dei suoi scritti apposta al volume ad opera di Vera Segre e Nella Gridelli Velicogna, e come ancora mi aspetto di leggere nella nuova e sempre più ricca edizione della *Introduzione alla sociologia del diritto* che egli sta infaticabilmente preparando per i tipi di Einaudi. Lungo quella traccia tematica, la sua storia intellettuale, che combina efficacemente sociologia e filosofia, è legata alla storia collettiva di una generazione di intellettuali che ha vissuto alcune delle pagine più significative degli eventi culturali e politici di questo secolo.

Mi colpiva questo intreccio nella ricostruzione che di quell'itinerario faceva Norberto Bobbio nel presentare presso l'università di Milano il volume di scritti in onore di Treves, fin da quando questi, allievo di Gioele Solari, comincia a definire l'approccio al diritto come relazione e poi, attraverso l'accostamento a Kelsen, una più decisa filosofia dell'immanenza, col suo irrinunciabile laicismo. Dopo il periodo di esilio argentino, peraltro molto fecondo, gran parte della rifondazione della sociologia italiana e i suoi rapporti con la cultura internazionale, sono strettamente legati al lavoro e agli scritti di Treves. È stato il suo difficile lavoro di quegli anni proporre un modello di scienza

sociale che, con rigore scientifico, fosse capace di non rinunciare ad una forte tensione riformistica; una sociologia dell'immanente, se fosse possibile usare questa formula.

Di questi intrecci è però testimonianza anche questo volume di saggi che raccoglie non a caso scritti di filosofi e sociologi intorno al tema del diritto, da Carbonnier a Diaz, a Aubert, Evan, Podgorecki, a Scarpelli, Tomeo, Cattaneo, Martinotti, fino agli allievi più giovani, di quella generazione di sociologi del diritto che ha visto una spinta istituzionalizzazione della disciplina anche all'interno degli insegnamenti accademici.

È naturalmente difficile trovare in contributi così diversi, che toccano il problema del modello pedagogico di legge, le funzioni del diritto, la legittimazione, l'interpretazione ecc., un filo teorico comune che non sia quello di scavare in terreni d'analisi indissolubilmente legati all'opera e alla riflessione di Treves. A ben vedere però tutti hanno quasi come una *background theory*, uno sfondo comune in cui opera uno stretto legame tra sistema sociale, norme e la questione dei valori. Questa formulazione, in cui i termini si presentano come relazionali, dà il senso di una riflessione che affonda le sue radici nella grande tradizione del pensiero giuridico-politico moderno. E, trattandosi appunto di termini relazionali, si può dar luogo a diverse combinazioni logico-teoriche in cui è possibile leggere — nessun lettore è mai del tutto innocente — le norme in quanto valori della società, la società come valore normativo, i valori come norma della società e via di seguito, incrociando diversamente i termini; inoltre ad ognuna di tali combinazioni si potrebbero applicare codici binari come vero-falso, giusto-ingiusto, così come ognuna di queste proposizioni può essere letta con paradigmi strumentali o paradigmi parametrici, funzionalisticamente o strutturalisticamente.

In altre parole, i linguaggi possono cambiare — e spesso possono, dividere — mentre il problema funziona da unificatore culturale; e, d'altro canto, anche per chi abbia un atteggiamento disincantato nei confronti dei procedimenti scientifici, può essere ancora rassicurante che si parli di politeismo *dei* valori o, politeisticamente, *di* valori, soprattutto quando si tratta di riflettere su diritto e politica.

Come ha spesso scritto R. Girard — in particolare ne *Le cose nascoste fin dalla fondazione del mondo* — i processi culturali si presentano a volte inaspettatamente mimetici; non so se ciò sia vero e sia vero in assoluto, ma è sorprendente vedere come la riflessione su tali temi proposta in questo bel volume finisca per assomigliare alla figura di intellettuale cui è dedicata. Forse Renato Treves non amerebbe questo termine — e di ciò mi scuso — ma si potrebbe parlare di una specie di *self-reference* da parte di una schiera di studiosi che, riflettendo su questi termini, riflettono su alcune riflessioni che hanno riflettuto su questi termini. Essendo quelle di Treves tra le più fondative, il loro insegna-

mento è certamente proficuo, ma è anche l'omaggio migliore che non soltanto i suoi allievi ed amici, ma tutti, da punti di vista diversi, possiamo fargli.

ELIGIO RESTA

Michael STOLLEIS, *Pecunia Nervus Rerum. Zur Staatsfinanzierung der frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1983, pp. 184.

Il nome di Michael Stolleis non ha certo bisogno di presentazioni, in generale, né, tantomeno, per i lettori dei Quaderni <sup>(1)</sup>. A rigore neppure questa sua ultima fatica in volume imporrebbe lunghi e sottili esercizi 'preliminari', tant'è ovvia la constatazione del suo notevolissimo interesse: in tali casi, dovrebbe essere noto, nulla può ancora sostituire il 'faticoso' investimento temporale determinato dalla lettura personale, neanche l'opera di un ipotetico 'perfetto' recensore.

Messa da canto l'ipotesi, nel caso di specie senz'altro irrealistica, ce ne potremo tuttavia residualmente ancora servire per delimitare questo nostro intervento non già ad operazione ricostruttiva globale degli itinerari percorsi dall'autore, ma ad una più modesta segnalazione di alcuni profili interpretativi che ci sono sembrati particolarmente rilevanti e suscettibili di sviluppo.

Il presente volume raccoglie in realtà tre saggi (*Luxusverbote und Luxussteuern in der frühen Neuzeit; Pecunia nervus Rerum. Zur Diskussion um Steuerlast und Staatsverschuldung im 17. Jahrhundert; Jacob Bornitz, ca 1560-1625*) che si articolano tuttavia assai bene, e sotto più di un profilo, a dar corpo ad un tutto conchiuso.

Un primo motivo d'interesse ci pare vada subito posto nel dovuto rilievo, dato che si tratta di un aspetto 'metodologico' — né paia troppo sorprendente l'aggettivazione, dal momento che ben spesso ad una delucidazione metodologica è capace di pervenire assai più una ricerca preoccupata della concretezza del suo oggetto, che non di poco pindariche evoluzioni programmatiche.

Tale è il caso del nostro testo, laddove solo si rifletta sul luogo di 'radicazione' del genere letterario in questione. Sicuramente storico del diritto Michael Stolleis, ed errerebbe per troppa precipitazione — avremo occasione anche più oltre di accennarlo — chi volesse iscrivere

---

(1) Cfr. almeno P. SCHIERA, *recensione a M. STOLLEIS, Arcana imperii und Ratio Status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts*, Göttingen, 1980, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10 (1981), pp. 301 ss., nonché M. FIORAVANTI, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in *Quaderni*, cit., 13 (1984), spec. pp. 615 ss.

tali contributi in una amplissima nozione di *Finanzgeschichte*, i cui risultati pur sono richiamati (2).

Siamo tuttavia ancora in debito della 'differenza specifica' del genere letterario, per continuare ad usare di questa comoda 'abbreviazione'. Storia giuridico-amministrativa, dovremo allora soggiungere. Ma con una precisazione che ne indichi più da vicino quella consapevolezza appunto di carattere metodologico che rischierebbe di sfuggire a chi si immergesse senza meno nel flusso discorsivo.

Questa ricerca — con forse poche altre non in tutto analoghe (3) — rappresenta infatti un passo avanti rispetto a quella medesima apertura alla storia premoderna dell'amministrazione che venne inaugurata si può dire fin dalle discussioni degli anni Sessanta, intese a richiamare l'attenzione sulle prassi delle amministrazioni territoriali e sulla scienza dell'amministrazione precedenti all'ascesa della dottrina dello stato di diritto (4). Passo innanzi che consiste non a caso in primo luogo nell'estensione dello spettro medesimo dell'analisi relativa agli sviluppi dell'età moderna sino ad inglobare la storia dell'amministrazione finanziaria.

Il campo semantico è allora ovviamente determinato dalla problematica ben nota della formazione dello Stato cosiddetto 'moderno', e non mancano anzi recenti contributi volti a sottolineare la specifica corrispondenza tra quel processo e l' 'effettuazione' concreta dell'imposizione ed esazione fiscale, a livello soprattutto della storia delle istituzioni e delle analisi di scienza politica (5).

Ma l'affrontare sotto il peculiare angolo di osservazione della storia giuridico-amministrativa questi aspetti talora ritenuti periferici può forse già da adesso contribuire, per riflesso, ad una reimpostazione dello stesso problema centrale dello Stato 'moderno', come ormai da più parti si comincia ad auspicare (6).

(2) Vedi in particolare il riferimento a F. K. MANN, *Steuerpolitische Ideale. Vergleichende Studien zur Geschichte der ökonomischen und politischen Ideen und ihres Wirkens in der öffentlichen Meinung 1600-1935*, Stuttgart-New York, 1978 (Nachdr. d. Aus. 1937).

(3) M. WACHENHAUSEN, *Staatsausgaben und öffentliches Interesse in den Steuerrechtfertigungslehren des naturrechtlichen Rationalismus*, Berlin, 1972; H. SCHULZ, *Das System und die Prinzipien der Einkünfte im werdenden Staat der Neuzeit*, Berlin, 1982.

(4) R. SCHULZE - R. MIZIA, *Germania e Austria*, in *ISAP - Archivio*, Nuova serie 3, *L'amministrazione nella storia moderna*, vol. 2, Milano, 1985, p. 2260.

(5) Cfr. G. ARDANT, *Politica finanziaria e struttura economica degli stati nazionali moderni*, in Ch. TILLY (ed.), *The Formation of National States in Western Europe* (Princeton, 1975), trad. it., Bologna, 1984, pp. 153-226; stolidamente non tradotto invece il saggio di R. BROWN, *Taxation, Socio-political Structure and State-Building: Great Britain and Brandenburg-Prussia*.

(6) Vedi C. MOZZARELLI, *Principe e Governo tra '500 e '700*, in *Culture et idéologie dans la genèse de l'état moderne. Actes de la table ronde organisée par le Centre national de la recherche scientifique et l'Ecole française de Rome* (15-17 ottobre 1984), Roma, 1985, pp. 367 ss.

L'articolo inaugurale concernente la legislazione sumptuaria, i divieti del 'lusso' nella società per ceti — e che si fonda su di un rilevante ampliamento delle ricerche dall'autore già intraprese con l'articolo «Luxusverbote» apparso nell'*Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG III, col. 119-122) — costituisce nella prospettiva appena accennata una 'prova' di tutto rilievo (pp. 9-61), ancorché limitata prevalentemente, come è del resto il caso del volume nel suo complesso, all'esperienza tedesca.

Al di là di un'analisi quantitativa dei vari mezzi giuridici mediante i quali i divieti venivano impartiti, che a tutt'oggi è ben lungi dall'essere stata intrapresa, rileva la valutazione dei motivi che ne occasionavano l'emissione, il processo del loro mutamento a partire dalle concezioni vetero-cetuali del tipo «Rang und Stand» (pp. 35 ss.) tramite una progressiva autonomizzazione, nel corso dei secoli 16. e 17., delle motivazioni etiche, dapprima, e poi economiche e politiche all'inizio dell'emersione dell'era mercantile. Il processo viene cioè inserito in un quadro interpretativo di 'modernizzazione' che — merita di essere attentamente sottolineato — fa capo alla tesi sombartiana del diretto rapporto tra ascesa della economia moderna e 'liberazione' dell'aspirazione al lusso, sino a tramutarla in costrizione (p. 12): e rimanda pertanto ad aspetti di notevole interesse, sussumibili per brevità sotto concetti quali quello di 'schichtspezifisches Polizeirecht', come anche, specularmente, di 'diritto privato strutturato attualmente' (?).

In una parola si articola — ad un alto livello di utilizzazione interdisciplinare di fonti e letteratura storico-sociali, economiche, giuridiche e di storia della cultura (pp. 13 ss.) — il tema del disciplinamento (o non-disciplinamento) giuridico-sociale del 'soggetto' moderno, nato quasi, si potrebbe dire, dai ricordati 'regolamenti di polizia' (8); benché, a mo' di precisazione storiografica, Stolleis ritenga opportunamente di sfatare un aspetto spesso esasperato nelle ricerche di storia sociale: laddove viene non senza intenzione ad osservare la non meccanica sovrapposibilità della prospettiva appena accennata con la postulazione di una programmazione 'dall'alto' rivolta contro i ceti 'inferiori' a scopi appunto costrittivi, dato che questi ultimi assai spesso non ne venivano toccati, anche a motivo della fortissima differenziazione dei presupposti religiosi ed economico-politici dei *Luxusverbote*.

Il 'nerbo' della ricerca — se ci si passa il gioco di parole — è comunque rappresentato dall'approfondimento del percorso che conduce all'impostazione di uno specifico nesso giuridico tra questione finan-

(7) Cfr. W. LEISER, *Schichtspezifisches Privatrecht*, in *ZRG(GA)*, 93 (1976), pp. 1-20.

(8) Cfr. P. SCHIERA, *Lo Stato moderno ed il rapporto disciplinamento-legittimazione*, in *Problemi del socialismo*, 5 (1985), *Sulla modernità*, pp. 111-135; il saggio ci è stato accessibile grazie alla cortesia di Angela De Benedictis.

ziaria e dottrina del diritto pubblico. In questo senso va interpretata la presenza della biografia intellettuale di Jakob Bornitz al termine del volume (pp. 129-154), dato che il filo conduttore della sua opera viene ravvisato, in questa 'prima' ricostruzione, nel tentativo da lui messo in atto allo scopo di ovviare mediante la progettazione di un *Systema* di tipo ramistico alla carenza di coerenza e di capacità razionalizzatrice della dottrina della « Prudentia politica » qual'era a lui pervenuta: in tal modo può altresì meglio essere chiarita la funzione globale del richiamo spesso a lui operato nel corso dei due precedenti saggi. La trattazione centrale costituisce la ripresa di un intervento dall'autore medesimo tenuto all'Istituto storico italo-germanico in Trento che, in versione leggermente diversa, appare ora anche in lingua italiana (9).

L'analisi della fortunata antica sentenza vien proseguita a raggiungere la 'letteratura della ragion di stato' praticamente nella sua globalità di generi letterari (specchi dei Principi, trattati sulla tassazione, manuali di *Staatsrecht*, dissertazioni).

Nel periodo dell'Umanesimo e della Riforma — che forse potrebbe essere proprio da questo punto di vista sistematizzato sotto la nozione 'modelli di economia del mecenatismo' (10) — la *Finanzfrage* sembra aver rivestito scarsa rilevanza (pp. 73 ss.).

Nel momento nel quale il problema del finanziamento dello Stato moderno si istituzionalizza mediante il riconoscimento della tassazione come dato permanente (tra il 1590 e il 1670) (11), inizia a farsi decisivo il contributo dell'analisi giuridica, sia che l'argomentazione fosse volta a sostenere l'intensificazione, sia che perorasse soprattutto una limitazione dell'imposta in denaro: l'introduzione del potere finanziario, incluso il potere di battere moneta, nel concetto di sovranità, le formule concernenti l'*utilitas publica*, la *salus publica*, la *ratio status*, i vari tipi di *necessitas*, la *iusta causa*, vengono analizzate partitamente sino a giungere alla conclusione che il processo di 'giuridicizzazione' messo in atto dallo *Juristenstand*, anche a prezzo di conseguenze quali la burocratizzazione e la conservazione dello *status quo*, fu più importante nel campo della 'limitazione' e del controllo, esercitando un effetto tendenzialmente 'frenante' (pp. 125 ss.).

Non ultimo merito di questa ricerca deve essere pertanto valutato quello dell'offerta alla riflessione di nuovi materiali che, anche al di là delle medesime convinzioni soggettive degli interpreti, ci paiono suscettibili di sviluppo nel senso del ripensamento di categorie che troppo

(9) M. STOLLEIS, *Pecunia nervus rerum. Il problema delle finanze nella letteratura tedesca della ragion di Stato nel XVII secolo*, in A. DE MADDALENA e H. KELLEBENZ (ed.), *Finanze e ragion di Stato in Italia e in Germania nella prima Età moderna*, Bologna, 1984, pp. 13 ss.

(10) Cfr. D. ROCHE, *Modelli economici del mecenatismo*, in *Intersezioni. Rivista di storia delle idee*, anno VI, n. 1 (1986), pp. 5 ss.

(11) M. STOLLEIS, *loc. ult. cit.*, p. 29.

spesso sembrano poter far le veci di concrete, filologiche ricerche sul campo: tipico può essere ad esempio ritenuto il riferimento alla 'razionalizzazione', a guardar bene forse neppure univocamente implicato dallo stesso concetto di 'modernizzazione'.

Anche sotto questo profilo la strada intrapresa da Stolleis nel tentare un 'reale' e fattivo collegamento tra storia economico-sociale e storia giuridica e costituzionale non può che andare incontro ad un incondizionato apprezzamento, nell'attesa, che oggi ci pare finalmente fondata, di ulteriori approfondimenti, magari 'a più voci'.

PAOLO CAPPELLINI

Heinz WAGNER, *Die politische Pandektistik*, Berlin, 1985.

Der Verfasser, Staats- und Verfassungsrechtler an der Freien Universität Berlin, möchte die These in Frage stellen, daß die Pandektistik «(ab-)sonderlich unpolitisch und weltfremd und ohne Beziehung zur zeitgenössischen Gesellschaft» gewesen sei. Der Buchtitel signalisiert somit die Gegenthese der «politischen Pandektistik», die der Verf. in teilweise sehr eklektischer Literaturverarbeitung und Quellauswahl<sup>(1)</sup> behandelt und belegt. Im Grunde benennt er jedoch damit keinen grundsätzlich neuen Aspekt, da vor ihm bereits Peter von Oertzen<sup>(2)</sup> für den Bereich des Staatsrechts und Walter Wilhelm<sup>(3)</sup> für das Privatrecht im 19. Jahrhundert «politische» Analysen geboten hatten<sup>(4)</sup>. Beiden Autoren fühlt sich der Verfasser «sonderlich verpflichtet» (S. 221). So beruht das Interesse an der Lektüre dieser klar gegliederten und geschriebenen Schrift vor allem auf dem Begründungsweg einer «politischen Pandektistik» und weniger auf dieser These selber.

Unter den qualifizierenden Begriffen «politisch-unpolitisch» verbirgt sich eine ganze Bandbreite von Bedeutungen, die gerade für die Wissenschaften des 19. Jahrhunderts eine besondere Dimension

(1) So hat Verf. z.B. erklärtermaßen und ohne Begründung Beiträge aus 'Ius commune' und dem 'Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts-geschichte' (Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, ed. H. Coing) nicht verwertet.

(2) P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1953 als Diss. phil. entstanden, ed. D. Sterzel, Frankfurt a.M. 1974.

(3) W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Pandektenwissenschaft*, Frankfurt a.M. 1958.

(4) Im Sinne der politisch zu wertenden Pandektistik erst jüngst H. KINDERMANN, *Die Antwort des bürgerlichen Gesetzbuchs auf die soziale Frage, in Rechtstheorie* 12 (1981) 209-225.

besaßen. Häufig bezeichnet «politisch» den Gegensatz zu «wissenschaftlich», wobei in der Umkehrgleichung «unpolitisch» für «wissenschaftlich» oder theoretisch, objektiv, unparteilich steht. Damit ist das grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen Wissenschaft und Politik bzw. Theorie und Praxis angesprochen<sup>(5)</sup>. Verf. führt direkt in diese Problematik am Beispiel der deutschen Pandektistik, ohne den Begriff des «Politischen» zu reflektieren. Das ist aus der Sicht des Verf. wohl auch nicht geboten, da er — von der Position des historischen Materialismus ausgehend — die ökonomischen Bedingungen einer Rechtsordnung als Politik-bestimmend und Politik-bestimmt ansieht. Er sieht — um seine Bewertung vorwegzunehmen — die eine bürgerlich-kapitalistische Gesellschaft fördernde Funktion der Pandektistik als ganz bewußte politische Entscheidung. Das ist im Grunde keine neue Erkenntnis, wie Verf. selber einräumt. Aber er nimmt widersprüchliche Bewertungen einzelner Autoren über die Pandektistik (z.B. Schlosser, Wieacker) zum — vordergründigen — Anlaß, die Gründe solcher Widersprüche zu beleuchten. Sie betreffen besonders die «politische und soziale Neutralität» der Pandektistik<sup>(6)</sup>, die mit ihrer Entscheidung für eine kapitalistische Rechtsordnung doch gerade keine Neutralität bezeugt habe<sup>(7)</sup>. So kritisiert Verf. sehr pauschal (S. 25) die rechtsgeschichtliche und sozialgeschichtliche Literatur — wenn er dieser auch zu Recht ein voneinander isoliertes Dasein vorwirft — einerseits als «idealistisch» (d.h. «normen-, institutionen-, dogmen-, ideen-, geistesgeschichtlich») und andererseits als «funktionslos». Nur ein gesamtgesellschaftlicher «übergreifender Ansatz» mache «eine eigene rechtsgeschichtliche Analyse möglich» (S. 220). Den übergreifenden Ansatz sieht Verf. im «sozio-ökonomischen Bereich», aus dem er die materiellen «Bestimmungsgründe» entnimmt. Im Sinne der marxistischen Geschichtsauffassung — ohne diese als solche zu benennen — geht es ihm um die Umsetzung der Produktionsbedingungen «ins Rechtliche» in Gestalt der Pandektistik, «die eine streng frühkapitalistische Privatrechtsordnung ausgearbeitet und

---

(5) Vgl. dazu die umsichtigen Bewertungen Savignys und seines Werkes durch J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (Münchner Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 58, ed. Sten Gagnér u.a.), Ebelsbach 1984, S. 150 ff., 230, 408.

(6) So H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl., Heidelberg 1982, S. 91.

(7) Das verkennt Schlosser jedoch keineswegs, der lediglich der neutralen Selbstbewertung der Pandektistik die tatsächliche «kapitalistische und individualistische» Grundposition gegenüberstellt, in *Grundzüge*, S. 91; ebenso F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher*, in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a.M. 1974, S. 19, der die politische Instrumentalität des Privatrechts erläutert, das auch «als Waffe der Klassenherrschaft mißbraucht werden kann».

zur Verfügung gestellt hat, als Deutschland noch nicht annähernd kapitalistisch war» (S. 28).

Bedauerlich bleibt, daß Verf. die pandektistische Literatur selber nicht zum Quellenfundament seiner Darstellungen macht, sondern sich auf deren «tradiertes Selbstverständnis» stützt, das er «anders bewertet» (S. 29). Freilich werden damit Defizite der bisherigen Forschung über die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts auch weiter «tradiert». Die Kapitel II - V sind dieser Bewertung gewidmet; das VI. Kapitel untersucht erstmals die preußischen Fabrikordnungen im 19. Jahrhundert als Konkretion bisher wenig beachteter Rechtstat-sachen und Rechtsquellen.

Entsprechend der Gesetzmäßigkeit gesellschaftlicher Entwicklung im Sinne des historischen Materialismus behandelt Verf. den Wechsel von der sogenannten feudalen zur bürgerlichen Rechtsordnung, denen beiden das römische Recht als Basis diene. Eine Schlüsselrolle kam hier dem Vernunftrecht der Aufklärung zu, das — wie Kiefner nachgewiesen hat — teilweise in wörtlichen Formulierungen ins Pandektenrecht übernommen wurde. Diese Fragestellung nach dem Verhältnis zwischen Aufklärung und Pandektenrecht — es ist noch immer nicht grundlegend untersucht — besteht unabhängig von der geschichtsphilosophischen Vorentscheidung eines «idealistischen» oder «materialistischen» Ansatzes. Verf. sieht die Vorleistung des Vernunftrechts in der Negierung der Feudalordnung und der Konzeption neuer Rechtsinhalte in Gestalt von Systemen und betont, daß die Pandektistik ohne die Vielzahl der systematischen Gesamtkonzeptionen die Masse des römischen Rechtsstoffs nicht hätte in ein System fassen können. Willensfreiheit, Eigentum und Vertrag bildeten die entscheidenden privatrechtlichen Institutionen in der Diskussion beider Epochen. Was die Aufklärung als überpositives Recht postulierte, führte im 19. Jahrhundert in der Pandektistik zur wissenschaftlichen Positivierung. Das bedeutete die Ausarbeitung eines Sachenrechts mit dem Privateigentum als Hauptbestandteil und eines Obligationenrechts mit voller Vertragsfreiheit auch für den Bereich der Lohnarbeit, die in der Analyse des Verf. den «politischen» Kernpunkt der Pandektistik bildete. Diese strukturbestimmenden Systemelemente der bürgerlich-kapitalistischen Privatrechtsordnung werden in der Sicht des Verf. noch zusätzlich durch Kants Forderung nach der Trennung von Recht und Moral bestärkt, indem diese den deutschen frühkapitalistischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts zusätzlich legitimierte. Die Kontinuität vom Vernunft- zum Pandektenrecht führt somit für den Verf. zur Legitimierung ungleich verteilten Privateigentums und zu einer Privatautonomie, die für den wirtschaftlich Schwächeren auch rechtliche Freistellung und Schutzlosigkeit bedeutete bzw. bedeuten konnte. Verf. sieht in der Grundentscheidung der Pandektistik für eine freie individuelle Willensbestimmung in bezug auf Eigentums-

nutzung und vertragliche Erwerbbarkeit der Leistungen Dritter eine klare Entscheidung für die kapitalistische Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, innerhalb der die neue Klasse der Industriearbeiter benachteiligt blieb. Dies könne nicht als ein Irrtum der Pandektistik interpretiert werden, denn rechtliche Regeln, diese Rechtsbenachteiligungen zu korrigieren, hätten bestanden, was Verf. im VI. Kapitel ausführt. Im Sinne seines sozio-ökonomischen und materialistischen Ansatzes bildet die Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht ein Element der ungehinderten Akkumulation (S. 113). Entsprechend der gesetzmäßigen Entwicklung hat die Pandektistik daher auch durch die Überwindung der feudal-absolutistischen Rechtsordnung des 18. Jahrhunderts den « bürgerlich-kapitalistischen Produktionsbedingungen » vorgearbeitet. Das römische Recht wird in der Systematisierungsarbeit der Pandektisten zum kritischen Instrument, auch der bürgerlichen Rechtsordnung hinderliche Elemente zu eliminieren. Nicht zu Unrecht betont der Verf., daß Savignys Widerstand gegen die Kodifikation auch positiv wirkte, da diese im Falle ihres Gelingens « restaurative » Züge in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gehabt haben würde.

Zutreffend hebt Verf. als einen der Gründe für die große Wirkung der Pandektistik im 19. Jahrhundert die Beschaffenheit der Gesetzgebung hervor. Ihre Unvollkommenheit war zweifellos einer der entscheidenden Gründe für die Entfaltungsmöglichkeit der Pandektenwissenschaft, die, da sie nur subsidiäre Geltungskraft besaß, ohne die politische Aufsicht parlamentarischer Kontrolle und Arbeit wirken konnte. Die Bedeutung der Pandektistik mußte immer mehr zunehmen, je mehr gesellschaftliche Bereiche — namentlich des Handels und des Gewerberechts — « ins Privatrecht entlassen » wurden, ohne daß ein neues Gesetzesrecht vorhanden war, da das gemeine Recht « als Auffangrecht » bereitstand (S. 120).

Zutreffend analysiert und belegt Verf. auch die rechtsproduktive Arbeit der Pandektistik. Namentlich Eigentumsrecht und Vertragsrecht konnten nur mit deutlichen Inhaltsveränderungen in der Gestalt römischrechtlicher Institute zum Ausdruck gebracht werden. Es ist bekannt, daß die Pandektistik hier eine große Anpassungsarbeit geleistet hat, die zum Teil weit von den reinen römischen Quellen wegführte. In der Sprache des Verf. sind dies sozio-ökonomische Determinierbarkeiten des römischen Rechts, die von den Pandektisten nicht als politische, sondern quellengeschichtliche Arbeit angesehen wurde.

Daraus resultiert für den Verf. die immer wieder gestellte berechnete Frage nach den gesellschaftlichen Verankerungen der Juristen und den interessenbezogenen Wertvorstellungen derjenigen, die sich auf das römische Recht beriefen.

Als praktisches Beispiel für die notwendige Veränderung des römischen und gemeinen Rechts, um ungehinderte Privatautonomie und Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht zu erzielen, führt Verf. die Fabrik-

ordnungen in Preußen an. Die unbedingte Dispositionsbefugnis über die Arbeitskraft — d.h. die Arbeiter — sei durch den preußischen Staat mit Hilfe der Rechtswissenschaft bewirkt worden. In Auswertung der Untersuchungen von Bernert <sup>(8)</sup> konstatiert Verf. eine Gleichgültigkeit der Dogmatik gegenüber den Problemen der Lohnarbeitsverhältnisse. Es scheint jedoch, daß Verf. hier den Einfluß der Pandektistik überschätzt. Die großen Antriebskräfte zur absoluten Gestaltungsfreiheit der Arbeitsverhältnisse einseitig durch die Unternehmer gingen von seiten des preußischen Staates aus, der die Industrialisierung und das Unternehmertum mit Nachdruck förderte. Die Pandektenwissenschaft hat die Vertragsfreiheit — wie Verf. auch einräumt (S. 192) — nie so schrankenlos geformt, wie dies in den Fabrikordnungen geschehen ist, auch wenn diese Haltung ohne Einfluß blieb. Es ist richtig gesehen, daß der « bona fides »-Grundsatz als Korrekturmöglichkeit zur Verfügung stand, um Lohnanspruch und Kündigungsschutz zu verbessern. Aber seine Durchsetzung war auch durch den Mangel zuständiger Gerichte behindert, was das gänzliche Fehlen einschlägiger Rechtsprechung zum Lohnarbeitsverhältnis in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts belegt. So wird weniger die Pandektistik dieser « politischen » Haltung einer Untätigkeit zu zeihen sein, als vielmehr die Staatsorganisation, die erst spät durch Gesetzgebung (besonders nach 1891) und ausgebauter Gerichtsbarkeit für Schutzgewähr sorgte, wodurch die absolute Freiheit für die Vertragsgestaltung der Arbeitsverhältnisse eingeschränkt und korrigiert wurde.

Die Ausblendung ethischer Grundsätze von Zwecken, Bedürfnissen, Interessen, wohlfahrtsstaatlichen Kriterien, scheinen dem Rezensenten auch nicht in dem Umfang vorzuliegen, wie sie Verf. für die Pandektistik behauptet. Die allgemeinen Einleitungen oder « allgemeinen Lehren des Pandektenrechts » in den Pandekten-Lehrbüchern — Wieacker nennt sie « Lehrstücke » — von Puchta bis Regelsberger behandeln u.a. die rechtlichen Korrekturinstrumente, die dazu dienen konnten, formelles Recht nicht in materielles Unrecht umschlagen zu lassen. Die Diskussion darüber wird in der Gestalt dafür geeigneter römischer Rechtsregeln geführt (summa ius summa iniuria, exceptio doli, beneficium divisionis, bonae fidei iudicium, ars boni et aequi usw.). Es ist klar, daß damit keine unmittelbar durchsetzbaren Rechtsbehelfe gegeben waren. Sie lassen aber die dogmatische Stringenz bei der Darstellung der einzelnen Privatrechtsinstitutionen in einem anderen Licht erscheinen. Die Rechtsprechung hat — besonders in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts — zunehmend diese Gestaltungsmittel benutzt, um mit richterlichem Ermessen « die individuelle Norm » (Regelsberger) im Sinne der Billigkeit zu schaffen. Eine grundsätzliche Untersuchung dieses Fragenkreises durch Vergleich von Pandektistik

---

(8) G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert*, Marburg 1972.

und Rechtsprechung steht noch aus. Sie würde wohl auch zur Relativierung des Urteils über die « politische Pandektistik » führen, — aus der Sicht des Verf. vielleicht aber auch nur weitere Systemwidersprüche aufdecken.

HEINZ MOHNHAUPT

*Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, hrsg. von Erk Volkmar Heyen, Frankfurt am Main, 1984 (*Ius Commune*, Sonderhefte, 21).

La serie di 'quaderni speciali' affiancati alla rivista *Ius Commune* si arricchisce di un nuovo contributo, che si colloca, nei termini che vedremo, nel vasto campo di ricerca della storia amministrativa. Già un precedente quaderno della stessa serie si muoveva in un ambito relativamente vicino, a testimonianza di una continuità d'interessi sviluppatasi negli ultimi anni presso la rivista *Ius Commune* e l'Istituto Max-Planck di Francoforte per la storia del diritto in Europa: mi riferisco a *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, anch'esso a cura di Erk Volkmar Heyen (Frankfurt am Main, 1982), già recensito da chi scrive in questa rivista (13, 1984). La differenza tra quel quaderno, e quello che ora presentiamo al lettore italiano, è assai evidente. Mentre nel primo caso si trattava di compiere una prima ricognizione sullo stato della ricerca in Europa, costruendo il volume in chiave di 'rapporti' provenienti dai singoli Paesi europei — in modo tale che un'eventuale ricucitura sul piano tematico era del tutto affidata alla ulteriore attenzione del lettore —, ora, in questo nuovo contributo, il piano collettivo dell'indagine risulta già da un semplice sommario esame dell'indice. Appare convincente l'enucleazione di tre problemi fondamentali: cristallizzazioni dogmatiche e metamorfosi dell'amministrazione; differenziazioni metodologiche e sistema politico; istituzioni accademiche e processi di comunicazione. Al di là delle formule, i problemi corrispondenti sono: quale rapporto è possibile stabilire tra 'creazioni' della scienza giuridica sul piano dogmatico e mutamenti storici dell'apparato amministrativo pubblico? Ed ancora: quale portata effettiva assumono i dibattiti metodologici dei giuristi in rapporto alla mutevole strutturazione del sistema politico? Ed infine: in quale modo la scienza si organizza e si trasmette — istituzioni, riviste, insegnamento, educazione dei funzionari —, secondo concrete esperienze comunicative? Appare inoltre assai opportuna la scelta del titolo, che non richiama più — come nel precedente ricordato quaderno — una 'scienza del diritto amministrativo', ma adotta la formula, più larga ed elastica, di 'scienza e diritto dell'amministrazione', in modo tale da includere nel campo di osservazione anche la realtà politico-amministrativa europea precedente la Rivoluzione, per la

quale sarebbe problematico parlare di una 'scienza del diritto amministrativo' — troppo legata, come formula, al modello postrivoluzionario dello Stato di diritto —, ma che certamente deve essere inclusa in una storia amministrativa europea, per l'ampiezza che in essa assume il fenomeno amministrativo, con i connessi problemi di una scienza e di un diritto dell'amministrazione. A ciò si aggiunga — come nota anche il curatore (p. xx) — che l'espressione 'diritto amministrativo', *Verwaltungsrecht*, richiama, nella tradizione tedesca, ed europea-continentale in genere, da Otto Mayer in poi, l'idea di un diritto pubblico distinto, e quasi contrapposto, al diritto privato, con ulteriori problemi d'inquadramento dei modelli di *common law*, e, di nuovo, dell'esperienza amministrativa della tarda età intermedia e della prima età moderna, sfuggenti ad una rigida distinzione pubblico-privato, e più facilmente aggredibili con la formula più elastica del 'diritto dell'amministrazione'.

I tre problemi sopra indicati — in sintesi: la dogmatica, il metodo, l'organizzazione della scienza — trovano diverse risposte nel volume. Particolarmente ricca appare la prima parte, con saggi di Hespanha, Mestre, Mohnhaupt, ed altri, anche e proprio perché più evidente appare qui il tentativo di studiare storicamente l'oggetto-amministrazione risalendo indietro, fin nel cuore dell'età del diritto comune. In particolare, Hespanha mostra, sulla base di un'impostazione assai complessa, ed a partire dalla dottrina di diritto comune, come vada formandosi progressivamente un campo specifico dell'amministrazione, che tende ad assumere caratteri nuovi e propri rispetto a quelli del 'tradizionale ordine' riflesso nella *iurisdictio* medievale, fino al conseguimento di un'esplicita differenziazione di funzioni all'interno dell'esercizio del potere pubblico, ed alla nota distinzione di 'materie politiche' e 'materie di giustizia': problematica quest'ultima assai nota, della quale lo Stato liberale postrivoluzionario si troverà ad essere erede diretto, nell'impostare il difficile rapporto tra giustizia ed amministrazione. Considerazioni simili possono essere formulate per i saggi di Mestre e Mohnhaupt, rispettivamente dedicati a due fondamentali istituti: l'espropriazione e l'atto amministrativo. In Mestre è assai netta la tendenza ad evidenziare i 'contributi' della dottrina di diritto comune al diritto dell'amministrazione in genere, ed all'istituto considerato in particolare, seguendo poi le vicende che conducono alle soglie della dottrina contemporanea; ed anche Mohnhaupt, pur rivolgendosi più direttamente al diciannovesimo secolo, pone in realtà il problema storico, e storiografico, del rapporto intercorso tra l'antica dottrina dei 'privilegi' e la moderna teoria dell'atto amministrativo, indicando anche con precisione possibili futuri campi di ricerca, che si collocano proprio, lungo la tortuosa via delle manifestazioni autoritative di volontà dei soggetti pubblici, tra diritto intermedio e diritto moderno, tra 'statualità' tardo medievale e moderno Stato di diritto.

Anche i saggi contenuti nella seconda parte del volume meritano un cenno particolare. Qui però lo spostamento di piano è evidente, e concerne la possibilità di presupporre di nuovo una 'scienza del diritto amministrativo' già definita nei suoi fondamentali contorni, impegnata a discutere delle questioni di 'metodo': siamo dunque nella seconda metà del secolo scorso, e nella prima metà di questo secolo. Prendono così rilievo le figure di Laband (Herberger), Kelsen e Merkl (Funk), Dahlmann, Stein, Otto Mayer, Spaventa, Luzzatti, Minghetti, Mosca, ed altri (Schiera/Gherardi), ancora Stein, Otto Mayer, ed altri (Stolleis), ed infine di Forsthoff (Storost). Questo complesso di saggi è certamente essenziale per chi voglia conoscere le vicende della scienza del diritto amministrativo, ed anche della scienza dell'amministrazione, in Germania (in Austria, e parzialmente anche in Italia) tra Otto e Novecento. Si possono qui solo enunciare alcuni problemi: l'influsso del positivismo giuridico kelseniano sulla scienza del diritto amministrativo, nel suo tentativo di elaborare modelli organizzativi dell'azione dei pubblici poteri diversi, e forse contrapposti, a quelli risultanti dall'ideologia, e dalla prassi, dello Stato amministrativo di Otto Mayer e della sua scuola (Funk); la nuova centralità dell'amministrazione in Italia e Germania a partire dalla fine del secolo scorso, con i connessi problemi di revisione all'interno della scienza politica, della scienza dell'amministrazione, e della scienza giuridica, e con il conseguente spostamento della stessa problematica della legittimazione dello Stato (Schiera-Gherardi); il rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, dalla dominazione incontrastata della prima sulla seconda conseguente all'impostazione di Otto Mayer, attraverso una certa inversione di tendenza nel periodo nazista, fino alla dottrina contemporanea, ed alla impossibilità, in tempi storici mutati, di riproporre una pura restaurazione del diritto amministrativo dell'età liberale (Stolleis); il legame tra ideologie antinormativistiche, strutturazione dei poteri e delle funzioni nello Stato amministrativo, e modelli costituzionali fondati sul primato di una *Staatsführung* in variabile misura svincolata dalla volontà parlamentare, sulla linea Schmitt-Forsthoff (Storost). Da ultimo, a completare questa seconda parte del volume, abbiamo lasciato il saggio di Ladeur, di un certo rilievo per le questioni di teoria del diritto amministrativo contemporaneo. A partire dal periodo nazista, e dalla distruzione, in esso tentata, del tradizionale paradigma giuridico postrivoluzionario di carattere individualistico — la celebre concezione dell'atto amministrativo come puntualizzazione del rapporto autorità-libertà —, si apre, secondo Ladeur, una nuova età, nella quale, pur nelle discontinuità interne, si pone comunque complessivamente il problema di un orientamento radicalmente nuovo del diritto amministrativo, non più comprensibile secondo gli schemi dell'autorità pubblica e dei diritti individuali, ma prevalentemente in chiave di attività concretamente

diretta alla *Abwägung* (ponderazione comparata, soppesamento) dei beni e degli interessi coinvolti in una certa decisione amministrativa, in una logica orizzontale di continuo confronto tra 'pubblico' e 'privato', tra sistemi amministrativi 'pubblici' ed organizzazioni d'interessi radicate nei movimenti dei 'privati'.

Poche notazioni possono infine essere riservate alla terza parte del volume, dedicata a 'Istituzioni accademiche e processi di comunicazione'. Non perché il terzo corrispondente momento dell'analisi — dogmatica, metodo, ed appunto organizzazione della ricerca — non sia di rilievo fondamentale: esso rappresenta tra l'altro il momento nel quale la scienza appare concretamente fattore operativo, incontrando spesso il mondo della pubblica amministrazione. Si vuole qui piuttosto rinviare direttamente il lettore allo studio di questi saggi, che, proprio per la loro conformazione, richiamano singole determinate e specifiche realtà (educazione dei funzionari pubblici in Ungheria nel diciottesimo secolo, influsso tedesco sulla scienza austriaca del diritto amministrativo, *Polizeihandbücher* in Prussia nel diciannovesimo secolo in rapporto alla concreta attività amministrativa, ed altri interessanti problemi). Un cenno particolare, in conclusione, al saggio di Heyen — curatore del volume —, compreso in questa terza parte, e dedicato ai primi anni di vita dell'*Archiv für öffentliches Recht*, la prestigiosa rivista fondata nel 1885, ed ordinariamente considerata la rivista per eccellenza del 'metodo giuridico' labandiano. Analizzando materiali di vario genere, ed in particolare carteggi tra gli studiosi coinvolti nella fondazione della rivista, Heyen riesce a ricostruire i contorni effettivi della vicenda, mostrando come gli *Herausgeber*, e lo stesso Laband, non sempre riescano a dare un'impronta decisamente programmatica alle concrete scelte della redazione, e demitizzando così la stessa immagine monolitica della 'rivista di programma', non sempre capace d'imporsi come tale sulla effettività delle relazioni intercorrenti tra gli studiosi, e sulle convinzioni politiche e scientifiche dei diversi collaboratori. È questa una prima indicazione, che può forse valere anche per l'Italia, proprio nel momento in cui la rivista che ospita questo breve contributo sta procedendo alla realizzazione di un ambizioso piano di studio della cultura delle riviste giuridiche italiane.

MAURIZIO FIORAVANTI

## SEGNALAZIONI

### *Presenza di Calamandrei.*

È qui sul nostro tavolo il decimo volume delle 'Opere giuridiche' di Piero Calamandrei: *opus perfectum est!* Possono essere ben soddisfatti Mauro Cappelletti, l'ultimo allievo del Maestro, che ha promosso e attentamente curato l'iniziativa, e l'editore Morano, che con una ammirevole consapevolezza culturale ha sostenuto fino in fondo la stampa decorosissima dei ponderosi volumi. E può essere soddisfatto lo storico del pensiero giuridico moderno, che ha per lo studio di un personaggio nodale e speculare della riflessione giuridica italiana del Novecento uno strumento di approccio di eccezionale valore. Se si pensa che questo decimo volume (Piero CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti - volume decimo, con presentazione di P. Barile, Napoli, Morano Editore, 1985, pp. xv-846) contiene, oltre a 'Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa', anche la ristampa della preziosa 'Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)' redatta nel 1959 da Mauro Cappelletti e da Anita Mondolfo, vieppiù impreziosita da integrazioni e aggiornamenti fino al 1985 a cura di Carlo Cordié, lo strumento appare davvero impareggiabile.

Per nessun altro giurista si era finora reso disponibile agli studiosi un così ricco istrumentario, per nessun altro giurista la raccolta degli scritti è stata portata innanzi con tanto rispetto filologico. A fronte della sciattezza che contrassegna quasi sempre il fatto frequente (e, comunque, lodevole) del nostro costume accademico di riunire insieme testimonianze sparse di un personaggio, qui non si è pensato soltanto all'utilità contingente per ogni immediato consultatore, ma si è inteso offrire al futuro studioso un'immagine nitida e precisa del grande giurista toscano, un'immagine storicamente nitida e precisa. E se ne compiace lo storico del diritto moderno, che sa di lavorare ben spesso, nel campo della letteratura giuridica recenziere, su un terreno che è assai più gremito di incertezze (è paradossale ma è così) che non quello del vecchio diritto comune. La mappa della letteratura giuridica moderna assomiglia purtroppo ancora oggi, sotto il profilo storiografico, alle carte appena abbozzate e maldestre dei geografi antichi.

Certamente, questi dieci volumi ci dischiudono con organicità l'avventura intellettuale di un protagonista e, grazie anche alle pre-

gevoli pagine introduttive che accompagnano ogni volume (rispettivamente, di Cappelletti per il secondo e il settimo, di Mortati per il terzo, di Liebman per il quarto, di Carnacini per il quinto, di Andrioli per il sesto, di Giovanni Pugliese per l'ottavo, di Denti per il nono, di Paolo Barile per il decimo), la comprensione dell'uomo e del giurista ne esce di gran lunga agevolata. L'uomo e il giurista, che in Calamandrei appaiono sempre uniti da una sostanziale inscindibilità e che rendono le pagine di questo scrittore di cose processuali uno specchio vivo del dibattito politico-giuridico del Novecento italiano attraverso il faticoso sentiero dell'ultima Italia liberale, del ventennio fascista, della prima Italia repubblicana. Processualista sì Calamandrei per educazione e per mestiere, però mai rifugiato nelle sottigliezze formali del processo, ma attento a cogliere in esso lo specchio del mondo giuridico e, in un orizzonte sempre più vasto, umano circostante. Il processo come specchio è un'immagine a lui cara, ed è il segreto della vivacità storica del discorso calamandreiano. Che è franco e disponibile, nella probità intellettuale che sempre lo ispira, ma che proprio a questa franchezza e disponibilità sacrifica la propria unitarietà e la propria coerenza: come quando l'illuminista, l'esponente della solida e colta borghesia italiana, soffre e registra il crollo di una mitologia giuridica intessuta di legalità e di certezza del diritto, e l'emersione di un problema crudo di giustizia sociale che le erosive riflessioni marxista e cattolica avanzano nel secondo dopoguerra a incrinare costruzioni suadenti dell'ieri che si sarebbero potute pensare valevoli per sempre. E Calamandrei non disdegna di porsi come segno visibile di contraddizione, quando, ormai vecchio e al limite del proprio itinerario, accetta di discutere e forse anche di demolire molte convinzioni giovanili in cui aveva profondamente creduto e su cui aveva fondato buona parte del suo messaggio scientifico e politico (1).

Proprio in nome di questa storicità e non per indulgere al culto delle celebrazioni apologetiche, in questo anno che consuma il trentennio dalla sua morte (avvenuta a Firenze il 27 settembre 1956), il nostro 'Centro di studi' ha dato entusiastica adesione alla iniziativa di Paolo Barile, allievo e collaboratore e sodale di Calamandrei, per una ricostruzione puntuale del pensiero del grande Maestro. A lui sarà dedicato un apposito volume della 'Biblioteca' di questi 'Quaderni fiorentini', volume che, utilizzando una larga e autorevole col-

---

(1) Abbiamo operato un primo tentativo storiografico di interpretazione in un saggio che sta per apparire in un volume collettaneo per la storia dell'Ateneo fiorentino attualmente in corso di stampa a cura del Rettorato della Università di Firenze, saggio intitolato: 'Gli studi giuridici nell'Ateneo rinnovato - 1859-1950: Prime linee di un profilo storico'. Un capitolo del saggio è esclusivamente rivolto al messaggio di Calamandrei, fondatore e protagonista della neo-nata Facoltà giuridica fiorentina.

laborazione scientifica, si spera di poter pubblicare entro il prossimo anno.

PAOLO GROSSI

*Un libro di scuola da segnalare.*

Un 'libro di scuola', questo del Galgano (Francesco GALGANO, *Diritto commerciale*, I. *L'imprenditore (Imprese, Contratti di impresa, Titoli di credito, Fallimento)*, rist. Bologna, Zanichelli, 1984, pp. xvii-361; II. *Le società (Contratto di società, Società di persone, Società per azioni, Altre società di capitali, Società cooperative)*, II ed., Bologna, Zanichelli, 1984, pp. xvi-496), che merita d'esser per lo meno segnalato all'attenzione del lettore non distratto. Prima di tutto per la sua destinazione scolastica (alla scuola universitaria, si capisce) e perciò istituzionale: un campo nel quale ogni lavoro valido (e questo del Galgano certamente lo è) dev'esser salutato col rispetto che merita. Formare un giurista — informandolo, certo, ma senza soffocarlo di notizie stivate alla rinfusa — è fatica non piccola. In più — ed è questa la ragione che spiega una segnalazione su questi *Quaderni* — per il Galgano formare il giurista significa anche formarlo ad una visione compiutamente storica dei fenomeni giuridici: senza dimenticare, è ovvio, i dati tecnici e i profili sistematici; ma rammentando anche che quei dati e quei profili, nati nella storia, solo nel contesto della storia possono esser capiti *iuxta propria principia*.

Basterebbe pensare alla figura dell'imprenditore e alla sua 'commercialità', inspiegabile per chi legge solamente l'art. 2082 del codice civile (dove di 'produzione' si parla prima che di 'scambio'), spiegabile invece se si bada alla storia (come vi bada il Galgano — I, pp. 13 ss. — sia pure nei limiti 'naturali' della trattazione scolastica). Per non dire del fallimento (I, pp. 169 ss.), la cui struttura — oggi pur fatiscente — non si spiega altrimenti che badando alla storia; e dei «contratti d'impresa», che sono, sì, 'categoria convenzionale' (I, pp. 245 ss.), ma la cui intuizione categoriale è condizionata alla comprensione di fondamentali presupposti storici (che giustificano, per esempio, il passaggio dalla 'onnicomprensiva' *locatio* alla non monolitica categoria di cui stiamo ragionando).

La prospettiva storica condiziona poi — e Galgano lo insegna e lo dimostra diffusamente (II, pp. 45 ss.) — la adeguata comprensione dell'intero sistema delle società commerciali: non solo nel confronto (solitamente operato sul filo della diacronia) fra società di persone e società di capitali, ma anche (e forse soprattutto) nel confronto fra società destinate direttamente ed esclusivamente a consentire la collaborazione fra imprenditori (società 'vere', si sarebbe quasi tentati di dire) e società il cui scopo diretto è invece quello di consentire a

un imprenditore il reperimento (ed il compenso adeguato) dei capitali indispensabili per l'esercizio dell'impresa.

Insomma, questo del Galgano è un manuale (un *Lehrbuch* degno di questo nome) che lo storico del diritto legge volentieri, perché di storia vi si ragiona ad ogni passo senza relegarla nell'inutile 'ripostiglio' dei 'precedenti' polverosi ed inerti.

UMBERTO SANTARELLI

*A proposito di . . .*



HANS-PETER BENÖHR

## ZUR RECHTSGESCHICHTE DER USA (1)

Die europäischen Wirtschaftsjuristen kennen Leasing, Factoring und Franchising. Der Rechtspolitiker setzt sich mit Insidertrading, Konsumentenschutz und Ökologie auseinander. Im Verfassungsrecht werden das richterliche Prüfungsrecht und die Dissenting Opinion beachtet. Trotzdem wissen die deutschen oder französischen Juristen kaum mehr vom amerikanischen Recht als die Amerikaner von dem unseren. Jedenfalls unter den Rechtshistorikern sollte nun Friedmans *History of American Law* zur Erweiterung des Horizonts beitragen (2).

Lawrence Meir Friedman (3), geboren 1930, studierte in Chicago und praktizierte dort kurz in einer Anwaltsfirma, unterrichtete sodann an verschiedenen amerikanischen Universitäten und kam in Wisconsin in persönlichen Kontakt zu James Willard Hurst, dem wohl einflußreichsten Rechtshistoriker der USA. Seit 1966 Professor in Stanford, verbrachte Friedman von 1984 bis 1985 ein Forschungsjahr in Berlin. Neben zahlreichen Monographien verfaßte er Bücher über die Geschichte des Vertragsrechts und der öffentlichen Wohnungsversorgung, schrieb eine soziologische Einführung zum amerikanischen Recht und publizierte eine Aufsatzsammlung über Recht und Sozialwissenschaften (4).

Wir werden im folgenden aus seiner amerikanischen Rechtsgeschichte, der ersten umfassenden Darstellung dieses Bereiches überhaupt, einige besonders interessante Punkte referieren, dann kurz auf seine soziologisch-historische Betrachtungsweise eingehen und im III. Teil mit einigen allgemeinen Bemerkungen über sein Buch schließen.

---

(1) Zugleich Besprechung zu: Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, Simon & Schuster, 1973, 655 S.

(2) Der Rezensent dankt mit diesem Beitrag den Rechtsfakultäten in Wien und Lawrence / Kansas und den beteiligten Regierungsstellen für die Ermöglichung eines Studienaufenthalts in den USA.

(3) Nicht zu verwechseln mit: Wolfgang FRIEDMAN, *Law in a Changing Society / Recht und sozialer Wandel*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a.M. 1969.

(4) L. M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 19.

## I.

Wie in einem Dokumentarfilm erlebt man mit seinem Buch die Hauptereignisse der amerikanischen Geschichte, sowie die von ihnen markierten Perioden der Rechtsentwicklung (1.) und ihre Akteure (2.), mit. Dabei verdienen die Repressionsfunktion des Rechts (3.), das Steuerrecht (4.), die Zivilrechtsordnung (5.), und dabei vor allem das Wirtschafts- und Vermögensrecht (6.), besondere Aufmerksamkeit.

1. Die Besiedlung Nordamerikas verlangte vor allem Gesetze, um die Befugnisse der Amtsträger festzulegen. 1611 wurden die *Lawes Divine, Morall and Martiall* für Virginia festgesetzt, 1629 ergingen die *Charter of Massachusetts Bay* und 1648 die berühmten *Laws and Liberties of Massachusetts*. 1682 erließ William Penn die Gesetze für das ihm zugewiesene Gebiet. Die wichtigste Grundlage ist bis heute das in England ausgebildete und in den einzelnen Kolonien weiterentwickelte Recht. Je nach der Art der rechtlichen Abhängigkeit von England, den Konfessionen und Weltanschauungen, den Persönlichkeiten der Organisatoren und Siedler, der Periode der Kolonisierung und den materiellen Lebensbedingungen gab es erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Kolonien. Aber stärker noch sind die Ähnlichkeiten, die es erlauben, von einem besonderen Recht der Kolonialzeit zu sprechen. Die bleibenden Einflüsse von nicht englischen Rechtsordnungen sind ziemlich gering. Spuren von außer-europäischen Rechten, aus dem Zusammenleben der Indianer oder Schwarzen, sind anscheinend gar nicht nachweisbar.

Den ersten großen Einschnitt brachte die Unabhängigkeit. Die 13 vereinigten Staaten erklärten am 4. Juni 1776 die Trennung vom Mutterland, und Großbritannien mußte sie 1783 im Frieden von Versailles anerkennen. Hatten die *Articles of Confederation* 1781 eher einen Staatenbund vorgesehen, so verwirklichte die am 17. September 1787 in Philadelphia beschlossene Verfassung eine bundesstaatliche Tendenz. Um die Verfassung bei den Wählern zur Anerkennung zu bringen, schrieben Alexander Hamilton, James Madison und John Jay eine Reihe von Zeitungsartikeln, den *Federalist*. Vier Jahre später wurden der Verfassung die ersten 10 *Amendments*, die *Bill of Rights*, hinzugefügt. Auch die Einzelstaaten gaben sich schriftliche Verfassungen. Die *Declaration of Rights* von Virginia, 1776, gilt überhaupt als die erste moderne Verfassung.

Den zweiten großen Einschnitt brachte der Sezessionskrieg, 1861-1865. In dessen Folge ergingen die drei *Civil War Amendments*: Abschaffung der Sklaverei (13. *Amendment*), Garantie von Leben, Freiheit und Eigentum, Verheißung des *Due Process* und Gleichheit vor

dem Gesetz (14. Amendment) sowie Allgemeinheit und Gleichheit des Wahlrechts (15. Amendment).

In der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, als die europäischen Nationen noch mit ihren eigenen Weltmachtplänen spielten, ihre Energien in zunächst zeitlich begrenzten Kriegen, dann Krisen, zum Schluß im Weltkrieg verbrauchten, bemerkten sie kaum, wie jenseits des Atlantik stetig die neue Supermacht heranwuchs. Die Bevölkerung schwoll an, die Städte vergrößerten sich, die Industrie gewann an Stärke, Transport- und Nachrichtenmittel verbesserten sich, die Expansion nach Übersee setzte ein. Erfindungen und neue Techniken erleichterten und verlängerten das Leben des einzelnen. Es bildeten sich eine starke Arbeiterklasse und eine breite Mittelschicht, aber gleichzeitig wurden die Gesellschaftsbeziehungen komplizierter. Gegen Ende des Jahrhunderts flachte der bis dahin buchstäblich grenzenlose Optimismus ab. Der einzelne und die Gruppen kämpften weniger darum, Neues hervorzubringen und für sich zu gewinnen, sondern trachteten eher danach, das bereits jeweils Erreichte zu halten und von den vorhandenen Gütern einen möglichst großen Anteil zu erwerben. Das Bedürfnis nach Sicherheit und der Verteilungskampf wurden also stärker. In dieser Atmosphäre entwickelte sich das Recht der Vereinigten Staaten weiter.

2. Jede Wirtschaftskrise, jeder Krieg stärkte die Zentralgewalt. Diese verfügte schon im 19. Jahrhundert über viele, zum Teil recht umfangreiche Behörden, vom Patentbüro und den Pensionskassen bis zur Landverteilungsbehörde und der Post. Die Macht war zwischen Präsident, Verwaltungsbehörden, Kongreß und Gerichten aufgeteilt, doch verschoben sich auch hier die Gewichte unaufhörlich.

Die frühen Verfassungen der Einzelstaaten statteten vor allem ihre Parlamente mit großer Machtfülle aus. Tatsächlich nahmen sie im Wege der Gesetzgebung aktiv an der politischen Gestaltung und an der Rechtsentwicklung teil. Aber infolge zunehmender Schwäche und Korruption verloren sie an Autorität, während der Kongreß in Washington an Bedeutung gewann.

Dabei wuchs das schon von der englischen Tradition her große Ansehen der Richter. Sie bewährten sich auch im Far West, als sie mit Colts und Messern bewaffnet von einer Gerichtsstätte zur anderen ritten, 2000, 3000 oder gar 10.000 Meilen im Jahr. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts wurden sie fast überall gewählt. Die Richter des Supreme Court werden vom Präsidenten der Vereinigten Staaten auf Lebenszeit ohne eine Altersbegrenzung bestellt. Dabei genießen sie eine in den USA seltene Unabhängigkeit. Infogedessen können sie — am bekanntesten ist das Verfahren gegen Nixon — auch gegen den Präsidenten entscheiden, dem sie ihr Amt verdanken. Das Prüfungsrecht, Judicial Review, des Supreme Court gegenüber allen Rechts-

akten, auch gegenüber Gesetzen des Kongresses, wurde schon 1803 in der Sache *Marbury v. Madison* in Anspruch genommen. Insbesondere unter Anwendung des 14. Amendments wurden allein zwischen 1889 und 1899 43 Gesetze und Verordnungen für nichtig erklärt, zwischen 1896 und 1905 wurden 297 Texte unter diesem Gesichtspunkt geprüft, in einem einzigen Jahr, 1915 und dann noch einmal 1926, unterfielen jeweils 20 Gesetze dem Verdikt des Obersten Gerichtshofes. Dem eiferten die Höchstgerichte der Einzelstaaten nach. Der Supreme Court von Alabama erklärte kurzerhand die ganze Verfassung seines eigenen Staates für ungültig. Trotzdem behaupteten die amerikanischen Richter damals — nicht anders als viele ihrer europäischen Kollegen noch heute —, daß ihre Urteile neutral, wertfrei, objektiv, über den Klassen stehend, unpolitisch seien, daß sie das Recht nicht machten, sondern bloß anwendeten. Damit hätten sie — so erklärt Friedman ihre Argumentation — die Verantwortung für ihre Entscheidungen abweisen und gleichzeitig das Privileg des Experten, von niemandem außerhalb der Zunft kontrolliert zu werden, in Anspruch nehmen wollen.

Der Bedeutung der Dritten Gewalt entsprechend werden in dem Buch eine ganze Reihe von Grundsatzentscheidungen im jeweiligen sachlichen Zusammenhang kurz dargestellt und im Register verzeichnet: *Lawrence v. Fox* (1859) brachte die Anerkennung des Vertrages zu Gunsten Dritter, *Dartmouth College* (1819) und *Harvard College* (1830) betrafen die Anerkennung und die Geschäftsführung für private Trusts. Eines der jüngsten, politisch bedeutendsten Urteile, *Brown v. Board of Education* (1954), erklärt die Rassentrennung in Schulen für verfassungswidrig.

Die Namen der großen Richter werden mit Respekt ausgesprochen: Chief Justice John Marshall (1801-1835), Chief Justice Earl Warren (1953-1969), Justices John Marshall Harlan (1877-1911), Oliver Wendell Holmes (1902-1932), Benjamin Nathan Cardozo (1932-1938). Ihre Aussprüche werden fast zu geflügelten Worten.

Anwälte hingegen sind viel weniger angesehen, sind geradezu unbeliebt. In mehreren Kolonien waren sie anfangs gar nicht zugelassen. Aber seit etwa 1750 wurden die Verhältnisse im Innern so kompliziert und die Verflechtungen mit den europäischen Staaten so eng, daß man auf sie nicht mehr verzichten wollte. Sie trieben Schulden ein, handelten mit Land und prozessierten um Grundstücksrechte, wurden in den großen Städten Spezialisten für Seeversicherung und Handelsrecht, verkauften noch später ihre Dienste an die Großunternehmen und agierten als Strafverteidiger. Minderbemittelten Personen, denen jedenfalls früher kein Armenrecht zur Seite stand, boten sie ihre Hilfe auf *quota-litis*-Basis an. Oft konnten sie ihren Job als Mittel zum sozialen Aufstieg nutzen. Um 1850 zählten die USA 22.000 Anwälte, 50 Jahre später hatte sich ihre Zahl verfünffacht.

Eine bestimmte juristische Ausbildung wurde anfangs weder für Richter noch für Anwälte verlangt. Selbststudium, Ausbildung in England oder Lehre, Apprenticeship, bei einem Anwalt oder Richter waren ausreichend. Aus diesen Wurzeln erwuchsen die ersten juristischen Ausbildungsstätten wie jene Law School, die wahrscheinlich von 1784 bis 1833 in Litchfield/Connecticut florierte. Den ersten Lehrstuhl für Recht gab es im College of William and Mary in Virginia. In Harvard wurde 1816 ein einziger Lehrstuhl eingerichtet. Um 1850 gab es 15 Law Schools, fünfzig Jahre später waren es 102, und heute sind es noch einmal doppelt so viele. Die Wende im Rechtsunterricht, von der Berufsschule zur wissenschaftlichen Ausbildung brachte Christopher Columbus Langdell in Harvard. Er verlangte einen Eingangstest mit einer lateinischen, hilfsweise einer französischen Übersetzung und einer Prüfung aus Blackstone, organisierte ein dreijähriges Studienprogramm und führte den Unterricht anhand von Gerichtsurteilen, nach der von ihm entwickelte Case-Method, durch.

Langdell sah das Recht als eine Wissenschaft mit bestimmten Prinzipien oder Lehren an. Deren Entwicklung sei durch frühere Gerichtsentscheidungen, oft über Jahrhunderte hindurch, zurückzufolgen. Die Gesetzgebung hingegen, wirtschaftliche und politische Fragen hatten in Langdells Wissenschaft keinen Platz. So wie er die englischen Gerichtsurteile vor den amerikanischen Entscheidungen bevorzugte, so überspielte ja der Rechtsunterricht in Europa die Rechtsunterschiede zwischen den einzelnen Staaten durch den Rückgriff auf das Römische Recht. Ebenso wie Langdell die Urteile der letzten fünfzig Jahre außer Betracht ließ, so ignorierte die deutsche historische Schule die meisten jüngeren Entwicklungen.

Die seit etwa 1800 publizierten Gerichtsentscheidungen wuchsen in nur 100 Jahren zu 8.000 Bänden mit 500.000 Urteilen an. Bis 1970 waren mehr als 4,5 Millionen Entscheidungen veröffentlicht, und jedes Jahr kommen 40.000 hinzu. Die West Publishing Company erkannte das einträgliche Geschäft, mit einem Stichwortsystem das Material zu erschließen. In einem Citator-System wird außerdem nachgewiesen, bei welcher Gelegenheit und in welchem Sinne eine Entscheidung später zitiert wurde. Angesichts dieser Masse und des weitgehenden Prinzips des Stare Decisis verbietet sich jeder Vergleich mit dem kontinentaleuropäischen sogenannten Richterrecht. Die deutschen NJW-Fundhefte oder der französische *Juris Classeur* sehen daneben geradezu kümmerlich aus. Es ist symptomatisch, daß gleichartige Nachweise für die Gesetzgebung aller amerikanischen Rechtssetzungsorgane fehlen.

Blackstones Commentaries wurden gleich bei ihrem Erscheinen, seit 1765, mit Begierde aufgenommen. Die anderen juristischen Werke stillten eher den Hunger der Advokaten nach Dollars als den Durst nach neuer Erkenntnis. Die Praktiker-Handbücher zeigen aber, welche

Rechtsfragen jeweils ins Bewußtsein traten: Wechsel und Schuldversprechen (1810), Wirtschaftsunternehmen (1832), Stadtverwaltung (1872), elektrische Leitungen (1892), Gewerkschaften und Streiks (1894).

Zu den angesehensten Autoren berühmter Handbücher gehört James Kent, 1763-1847, Gerichtspräsident, Chancellor in New York, der nach seiner Pensionierung *Commentaries on American Law* schrieb. Nicht weniger bekannt ist Joseph Story, 1779-1845, mit 32 Jahren Richter am Supreme Court und später gleichzeitig Professor in Harvard.

3. Um die gesellschaftlichen Verhältnisse zu stabilisieren und bestimmte Ziele durchzusetzen, nicht allein im politischen und sozialen Bereich, sondern auch auf wirtschaftlichem, moralischem und religiösem Gebiet, gehörten Strafvorschriften zu den ersten Regeln der Kolonialzeit. Seitdem nahm die Zahl der Normen ständig zu. Die Kapitalstrafe jedoch wurde immer seltener angedroht, noch seltener vollstreckt und in vier Staaten sogar abgeschafft. 1790 wurde das Modellgefängnis zur Besserung der Straftäter in Philadelphia, Walnutstreet, eingerichtet. Aber generell waren die Zustände in den Gefängnissen skandalös. Die Öffentlichkeit verlangte nur, daß ihr die Verbrecher vom Leibe gehalten würden, für mehr bewilligte sie keine Mittel. Um mit der Überfüllung fertig zu werden, wurden massenweise Gnadenurteile ausgesprochen. Die relative Zahl der Gewaltverbrechen pro 100.000 Einwohner ist in den letzten hundert Jahren erheblich, gebietsweise auf die Hälfte, zurückgegangen.

Zum Schutz gegen Störenfriede entwickelte sich in Amerika eine starke Tradition der überwiegend nachbarschaftlich organisierten Selbsthilfe neben den regulären Sicherheitskräften. Im Süden entstand der Ku-Klux-Klan, und dort ereigneten sich auch die gewalttätigsten Lynch-Exzesse. Im Mittelwesten formierten sich die Claim Clubs. Im Westen standen die Vigilantes auf und erklärten, die Sicherheit der Bevölkerung stehe über allem Recht, bei Schwäche oder Korruption der etablierten Ordnungsmacht müsse die Selbsthilfe einschreiten. Private Organisationen gegen Viehdiebstahl und Einheiten für den Werkschutz wurden sogar durch ordnungsgemäße Gesetze genehmigt.

Am schlimmsten erging es den Schwarzen. Wie es zur Sklaverei im Rechtssinne gekommen ist, ist dunkel. Aber schon zwischen 1660 und 1680 haben die Schwarzen, selbst wenn sie getauft waren, einen negativen Status: sie stehen im Eigentum ihres Herrn, können vererbt, verpfändet, verkauft und besteuert werden, haben selbst keine Familie und nichts zu eigen. Mit Betroffenheit liest man Friedmans Beschreibung: Der Süden war ein Reich der Angst, voll von sexueller Angst vor den Schwarzen, voller Angst vor freien Negern und Abolitionisten, Angst vor dem Norden, aber vor allem vor dem Rassenkrieg. « Rassenkrieg », sagt de Tocqueville, « ist der Albtraum, der die amerikanische Vorstellung im Norden und im Süden ständig heimsucht ». Ein Sklave,

Dred Scott, gab 1857 Anlaß zu einer der bis heute umstrittensten Entscheidungen des Supreme Court: Sein Herr hatte ihn auf eine Reise durch einen sklavenfreien Staat mitgenommen, und deswegen behauptete er, freigeworden zu sein. Aber das Gericht wies seine Klage ab, denn Neger seien nicht parteifähig. Sie wurden dann mit dem Sezessionskrieg rechtlich frei und den Weißen gleichgestellt, bald darauf aber wieder in die soziale Unterdrückung gezwungen.

Die Indianer wurden teils ausgerottet, teils in Reservaten zusammengepfercht. Die Chinesen waren zuerst willkommen, um die transkontinentalen Eisenbahnen zu bauen. Aber als sie die Arbeitsplätze der Weißen zu bedrohen schienen, wurden auch sie diskriminiert. Höhepunkt des gegen die Asiaten gerichteten Rassismus bildeten die Internierungen während des Ersten Weltkrieges.

Ziemlich erbärmlich waren die Armengesetze. Ähnlich wie in Deutschland oblag die Fürsorge der Heimatgemeinde, in der der Bedürftige sein Settlement hatte. Die Heimatgemeinde war einer anderen Gemeinde, die für den Bedürftigen Ausgaben gemacht hatte, erstattungspflichtig. Mit derartigen Erstattungsprozessen zwischen zwei Gemeinden, die ein wenig für einen Bedürftigen ausgegeben hatten, waren also die Gerichte diesseits und jenseits des Atlantik befaßt.

In allen amerikanischen Kolonien war ein besonderer Arbeitskontrakt, Indenture, verbreitet. Das bedeutete eine Art freiwilliger Hörigkeit von vier bis sieben Jahren. Auf diese Weise konnte ein elternloses Kind seinen Unterhalt finden, eine Person ohne Ausbildung hatte die Gelegenheit zu lernen, für einen unbemittelten Mann wurde es möglich, seine Schulden, zum Beispiel die Überfahrtkosten von Europa, zu bezahlen.

Der unaufhörliche Strom von Emigranten, in manchen Jahren eine halbe Million, versorgte ständig die Schlachthäuser, den Bergbau und die Industrie mit Menschenmaterial. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts meinten noch die meisten Amerikaner, es sei am besten, wenn die Arbeiter unorganisiert seien und wenn über die Fabriken keinerlei Kontrolle ausgeübt würde. Seit 1870 aber standen Mass Labor und Big Business einander gegenüber. Streiks und Zusammenstöße, mit Todesopfern und zahllosen Verletzten, überzogen das Land mit zyklonartiger Wucht. Die Parlamente verabschiedeten eilig Gesetze zur Beschränkung von Kinder-, Frauen- und Sonntagsarbeit, zur regelmäßigen Lohnzahlung mit Bargeld, sogar zur Festsetzung von Maximal-Arbeitszeiten und Mindestlöhnen. Aber die Gerichte setzten alsbald viele dieser Vorschriften außer Kraft, weil sie die Vertragsfreiheit beschränken, die Arbeiter entmündigen und ihre Verdienstmöglichkeiten verringern würden. Als eine Maßnahme der alteingesessenen protestantischen Mittelklasse englischer Herkunft gegen die neuingewanderte katholische Arbeitermasse aus Irland, Süd- und Osteu-

ropa gilt gelegentlich die bundesweite Prohibition (1919-1933), der einzelstaatliche Liquor Laws seit langem vorausgegangen waren.

4. Die Bundesregierung erhob eine regelmäßige Einkommensteuer von 2% seit 1894, die vom Supreme Court knapp gutgeheißen wurde. Die Einzelstaaten besteuerten zumeist das Vermögen. Daneben zogen sie eine Erbschaftssteuer, Death Tax, ein, dieses auch mit dem Ziel, nach dem Tode des Vermögensbegründers die Entwicklung von Dynastien zu hemmen.

5. Die Rechtsordnung, insbesondere das Zivilrecht, bleibt vom englischen Case Law geprägt. Die Fortgeltung früheren englischen Rechts nach der Unabhängigkeit wurde teilweise durch Gesetze ausdrücklich angeordnet. Die in England nach der Unabhängigkeit erlassenen Bestimmungen, etwa der englische Bills of Exchange Act von 1882, gaben oftmals das Vorbild für ähnliche amerikanische Regelungen ab. Desgleichen wurden einzelne Entscheidungen, vor allem die Leitfälle zum Deliktsrecht, übernommen. Die englische Rechtslehre blieb dauernd für die USA vorbildhaft. Jeremy Benthams Schriften und Henry Broughams, wengleich vergebliches, Eintreten im Unterhaus für eine Kodifikation verfehlten auch auf der anderen Seite des Atlantiks nicht ihren Eindruck.

Vom europäischen Kontinent gelangten die Gedanken Montesquieus, Voltaires und Beccarias, die Gesetzbücher Napoleons und ein paar Sätze Savignys nach Amerika.

In der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts vergrößerten sich die Vereinigten Staaten auch um Gebiete, in denen römisch-kontinental-europäisches Recht, Civil Law, in Geltung war. In Florida, am Mississippi und Missouri, in Texas und Illinois lebten Menschen nach französischem, spanischem, mexikanischem Recht. Durch die Überzahl der dann neu einströmenden Siedler, infolge des Druckes anglo-amerikanischer Funktionäre oder auch mittels ausdrücklichen Gesetzes wurde das bisherige Recht abgeschafft, so daß seine Spuren heute verweht sind.

New Mexico und Kalifornien bewahren ein paar Elemente eines früheren Civil Law. Aber die einzige dauerhafte Enklave des Civil Law bleibt Louisiana. Zuerst erklärte dort ein Gesetz von 1806 das römische Gesetzbuch des Kaisers Justinian und die Werke der Kommentatoren, das spanische Recht mit der Recopilation de Castilla und den Sieben Teilen des Königs Don Alphonso des Weisen, sowie eine große Zahl weiterer Gesetze als geltend. Um Rechtssicherheit zu gewinnen und Veränderungen ihres sozialen Status zu verhindern, brachte es dann die kreolische Oberschicht 1825 zur Verabschiedung des berühmten Civil Code von Louisiana. Trotzdem war schon damals die

gesamte Rechtsordnung näher mit der von Georgia als mit der von Frankreich verwandt.

Es gibt noch andere Zeichen der Versuchung durch eine Kodifikation. So entwarf der New Yorker Anwalt David Dudley Field 1848 eine Zivilprozeßordnung und danach ein Zivilgesetzbuch. Zwar wurden dagegen die im wesentlichen aus Europa bekannten Argumente gerichtet, namentlich von seiten der Rechtsanwaltschaft. Dennoch adaptierten verschiedene Einzelstaaten seine Entwürfe für ihre Bedürfnisse. Ob das Recht nun kodifiziert wurde oder nicht, es entwickelte sich in allen Einzelstaaten in derselben Richtung.

Im 20. Jahrhundert förderte dann das American Law Institute die Restatements. Jedenfalls ist die Vereinheitlichung des Rechts in den USA kaum leichter als zwischen den deutschen Staaten im 19. oder als in der Europäischen Gemeinschaft im 20. Jahrhundert.

6. Die Zeitgenossen und die heutigen Geschichtsschreiber sehen das 19. Jahrhundert hüben wie drüben als die Blütezeit von Kapitalismus, Liberalismus und Sozialdarwinismus. Konkurrenz war das Lebenselixier für die Wirtschaft- für das Wirtschaften der anderen, wie Friedman beobachtet. Adam Smith wurde zitiert und die Contract Clause der Bundesverfassung wurde ins Spiel gebracht, um hoheitliche Eingriffe in abgeschlossene Verträge für nichtig zu erklären.

Aber schon in der Kolonialzeit hatten die Behörden für Produktion, Handel und Wirtschaft gesorgt. Sie hatten Vorschriften erlassen, die durchaus mit den gleichzeitigen Polizeiordnungen der deutschen Territorien vergleichbar sind, um Märkte, Preise und Qualitätserfordernisse zu regeln. Aber vor allem wurde damals das Wachstum gefördert, nicht eingeeengt. Die Einzelstaaten bauten selbst, beteiligten sich an Business Corporations, subventionierten oder unterstützten durch begünstigende Gesetze Brücken, Fähren und Eisenbahnen.

Der Mittelstand setzte Zulassungsbeschränkungen für Klempner und Schmiede, Architekten und Bestattungsunternehmer, Apotheker und Ärzte durch. Der Lokalhandel ließ sich gegen Hausierer und gegen Firmen mit Abzahlungsgeschäften abschirmen. Die Landwirtschaft erzwang den Schutz ihrer Milchprodukte durch die Diskriminierung der Margarine. - Eine umfangreiche, rasch reagierende, oft widersprüchliche Gesetzgebung mußte den wechselnden Wählerwünschen folgen, die je nach Prosperität oder Krise Kreditleichterungen oder Schuldnerschutz verlangten. Daher waren die Regelungen für Kreditkauf, Wertpapiere, Hypotheken, Zwangsvollstreckung und Konkurs, gesetzliche Stundungs- oder Zahlungerleichterungen dauernd in Bewegung. Vor allem griffen die Parlamente bis heute zugunsten der Landwirtschaft ein, die immer von neuem von heftigen Agrarkrisen geschüttelt wurde, welche unter anderem von der Überproduktion, von den modernen Transportmitteln oder von Absatzstockungen im

fernen Europa hervorgerufen wurden. In diesen Fällen hatten auch die sonst um den Marktmechanismus besorgten Gerichte wenig verfassungsrechtliche Bedenken.

Seit 1848 gab es Bestimmungen gegen Gründungs- und Börsenschwindel. Mehr als 2.000 Gesetze richteten sich gegen Mißbräuche der Versicherungen. Mit anderen Maßnahmen sollten die Tarife der Lagerhäuser und Eisenbahnen reguliert werden. Das wichtigste Ereignis war die Einrichtung der Interstate Commerce Commission, 1887. Der nächste große Schritt war der Sherman Antitrust Act von 1890. Mehrere Jahrzehnte danach sollte Franklin D. Roosevelt die Interventionspolitik mit dem New Deal fortsetzen.

Handelsgesellschaften bedurften bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts einer speziellen Charter durch die Legislative. Erst danach verbreiteten sich Gesellschaftsgesetze allgemein. Um 1870 hatten Gesellschaften den Einzelunternehmer in der Bedeutung für die Volkswirtschaft verdrängt.

Da Bargeld knapp war, spielten privaten Banknoten, Schecks, Wechsel und Zahlungsversprechen sowie die begleitenden Garantieerklärungen eine kaum zu überschätzende Rolle in der Wirtschaft und in der Gerichtspraxis. Der Schutz des geistigen Eigentums war bereits in der Verfassung vorgesehen. 1790 erging der erste Patent Act, 1836 wurde das Patent-Büro eröffnet. Auf diese Weise wurde industrielles Wachstum ähnlich wie durch Zölle oder Subventionen gefördert. Monopole, Pools und Marktaufteilungsabkommen der Hersteller konnten nicht ausbleiben. Als dann die Fabrikate einander immer ähnlicher wurden, wurde, seit der Jahrhundert-Mitte, auch der Markenschutz immer wichtiger.

Die Bundesregierung nahm das unermeßliche, zunächst herrenlose Land als Public Land in Beschlag, um es sogleich in einem geordneten Verfahren an Private weiterzugeben. Die Nation sollte aus freien, wirtschaftlich unabhängigen, auf eigenem Grund und Boden lebenden Bürgern bestehen. Die Landverteilung war für Jahrzehnte ein Politikum ersten Ranges, genauso wichtig wie Zoll, Sklaverei, Bürgerkrieg und Krieg. Grundeigentum wurde teils gegen Geld, teils unentgeltlich an Siedlungswillige und Veteranen, Eisenbahngesellschaften, Universitäten, Städte und Einzelstaaten ausgegeben. Seit 1862 wurden mit neuem Land Heimstätten, Homesteads, begründet. Diese Regelung wurde bei den Beratungen des deutschen BGB und des schweizerischen ZGB viel bewundert und 1920 im deutschen Reichsheimstättengesetz übernommen. Aber in Amerika selbst war das entsprechende Gesetz anscheinend ein Fehlschlag. Das meiste Land gelangte wieder an Spekulanten und erst von diesen, nach kräftiger Gewinnabschöpfung, endgültig an Ranchers und Farmer.

Im Zuge der Zeit lag hier wie dort der Drang, Land ohne Beschränkungen zu kaufen, zu verkaufen und zu belasten. Deswegen wurden

alle überkommenen feudalistischen und unnötig formalen Hindernisse des englischen Rechts abgestreift. Da aus der oft unplanmäßigen Besiedlung Ungewißheiten über die Eigentumsverhältnisse erwachsen waren, übernahmen es seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts private Gesellschaften, Real Estate Titel and Insurance Companies, die Eigentumslage zu prüfen und die Vertragsparteien gegen Rechtsmängel zu sichern. Das öffentliche Registerverfahren hatte damals weniger Erfolg.

Nach Ansicht des kalifornischen Gesetzgebers von 1850 soll das Common Law strikt der Maxime « Caveat Emptor » gefolgt sein, während das Civil Law mit seiner gefährlichen Mängelwahrleistung den einzelnen in unerträglicher Weise bevormunde und es in einen Kontrakt hineininterpretiere, was die Parteien niemals hätten vereinbaren wollen. Das Common Law fördere damit den Handel und den raschen Güterumschlag, das Civil Law behindere beides. Aber seitdem wurde die Caveat-Emptor-Regel immer mehr eingeschränkt, so daß die Rechte des Käufers immer weiter ausgedehnt wurden. Mit der Entscheidung MacPherson v. Buick, aus Anlaß eines Autoreifens aus schadhaftem Holz, eröffnete Benjamin Cardozo 1916 den Weg zur Produzentenhaftung.

Die Ersatzpflicht wegen außervertraglich verursachten Schadens wurde nicht aus der Lex Aquilia, sondern mühsam erst im vorigen Jahrhundert aus Wurzeln des englischen Rechts entwickelt. Die meisten Schäden waren im Zusammenhang mit Eisenbahnen entstanden. In Farwell v. Boston & Worcester Railroad Corporation, 1842, wurde dem Arbeitnehmer ein Anspruch gegen den Arbeitgeber wegen eines Unfalls versagt, weil der Unfall von einem Arbeitskollegen, Fellow-Servant, verursacht worden war. Auf irgendeine Weise führten die meisten Regeln zur Entlastung der Unternehmen von einer Ersatzpflicht gegenüber den eigenen Leuten, den Nutzern und unbeteiligten geschädigten Dritten und subventionierten damit geradezu die wirtschaftliche Expansion. Dann aber griff die Gesetzgebung ein, um Sicherungsmaßnahmen zu erzwingen und den Opfern zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen.

Später, im 20. Jahrhundert, vermehrte sich das Recht und dehnte sich auf Landesplanung, Bauplanung, Stadterneuerung, Ökologie, Konsumentenschutz, Sozialversicherung und weitere Gebiete aus. Aber das ist nicht mehr das Thema von Friedmans Buch.

## II.

1. Friedman schreibt eine soziologische Geschichte des nordamerikanischen Rechts, a Social History of American Law. Dabei zeichnet er auch die Spezialisten des Rechts, die Professoren, Anwälte und

Richter, von einer ziemlichen Distanz aus. So erklärt er die Wissenschafts- und Unterrichtsreform Langdells (1870) wie auch den Uniform Commercial Code (1950) zu einem beträchtlichen Teil mit dem Bedürfnis der Juristen, das Ansehen ihres Standes zu heben. Die Anwälte pflegten zuerst an sich selbst, sodann an ihre Klienten und erst zuletzt an ein schön nebuloses Gemeinwohl zu denken. Die Richter hätten das Prüfungsrecht gegenüber der Legislative beanspruchen können, weil es eine andere Kontrollinstanz, etwa eine Volksabstimmung oder ein von Wahlen unabhängiges Oberhaus, nicht gegeben habe. Die Richter hätten zu derselben konservativen Mittelklasse wie die Rechtssuchenden gehört. Sie hätten sich als Bewahrer einer bedrohten Tradition, als legitime Hüter des alten Rechts gefühlt. Aber auch sie hätten weniger auf die verbindlichen Präzedenzfälle und die zwingenden Argumente eines Cardozo, als auf die allgemeine Stimmung gehört. Deswegen hätten sie auch gelegentlich progressive Entscheidungen, etwa zur Integration der Schwarzen, getroffen, wo sich die Parlamente zum Handeln nicht hätten entschließen können.

2. Friedman sucht das Law in Action zu erhaschen und ist mißtrauisch gegenüber dem Law on the Books. Immer wieder warnt er vor der Illusion, daß sich das staatliche Recht stets voll durchsetze. So galten die rechtlichen Garantien eines fairen Prozesses so gut wie überhaupt nicht für Angeschuldigte, die über ihre Recht ungenügend unterrichtet, die zu schüchtern oder die zu unpopulär waren. Schon James Kent kannte den Gemeinplatz, daß kein Gesetz etwas ausrichte, wenn sich die Bevölkerung ihm entgegenstellt. So wie nach dem Gresham'schen Gesetz in der Münzgeschichte das schlechte Geld das Gute verdrängt, so verdrängten bequeme Gesetze mit wenig Kontrolle die strengen Gesetze mit scharfer Aufsicht, zum Beispiel zum Arbeiterschutz oder zur Einschränkung der Ehescheidung. Gesetze seien hingegen erfolgreich, wenn hinter ihnen ein starkes moralisches Engagement, ein kräftiges egoistisches Interesse, eine energische Beamten-schaft und viel Geld für ihre Durchsetzung stehe. So sei die Kinderarbeit verschwunden, weil das Gewissen der Nation aufgerüttelt worden sei und weil die erwachsenen Arbeiter um ihre Arbeitsplätze und die Stabilität ihres Lohnes gefürchtet hätten.

3. Der Rechtshistoriker Friedman weist dem Recht und der Geschichte ganz bescheidene Plätze zu. Das Recht entwickelt sich nach seiner Vorstellung nicht autonom aus sich heraus, es ist auch nicht die versuchs- und annäherungsweise Verwirklichung einer transzendenten Rechtsidee. Sondern es sei das Ergebnis gesellschaftlicher Faktoren.

Die Geschichte treffe keine Entscheidungen für die Gegenwart. Die Gegenwart treffe ihre Entscheidungen selbständig und benutze

dafür die von der Geschichte angehäuften Entwürfe: The architect of contemporary law is always contemporary fact. History does not supply decisions, only raw materials and plans. - Wie aber kommt es zu den Entwürfen der Geschichte, den Tatsachen der Gegenwart, den gegenwärtigen Problemen und ihren Entscheidungen? Diesen Fragen geht Friedman immer wieder nach, und er trägt ein geradezu eklektisches Paket von Antworten zusammen. Oft erscheint ihm als bewegendes Faktor die Gesellschaft oder die Wirtschaft. Dann wieder sieht er die jeweiligen Machthaber oder die überwiegenden Gruppen mit ihren partikulären Interessen als Autoren des Rechts. Aber auch die allgemeine Stimmung spielt eine große Rolle in seiner Darstellung.

Die Gesellschaft bestimme zum Beispiel, welche Gegebenheiten, etwa Gewaltverbrechen oder Armut, als Probleme anzusehen und zu ändern seien. Die heutige Massengesellschaft verlange Ordnung, Sicherheit und Wohlstand. Sie räume der Leistungsfähigkeit des Rechtsapparates und der Rechtssicherheit höhere Priorität als der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles ein. Diesen Erfordernissen entsprechend habe sie die Ehescheidung und die Gesellschaftsgründung, Grundstücks- und Wertpapier-Angelegenheiten und die Zwangsvollstreckung standardisiert.

Daneben erscheinen auch die wirtschaftliche Entwicklung und die Wirtschaftstrends als personalisierte Verursacher der Rechtsentwicklung, deren Organe Gesetzgeber und Gerichte seien. Trotz dieser Äußerungen hat Friedman aber Zweifel, ob bestimmte Sätze des Handelsrechts Causa, Bedingung oder Effekt des amerikanischen Kapitalismus seien. Dann wieder hören wir, daß die Rechtssetzung und -anwendung zu dem Herrschaftsinstrumentarium der Machthaber gehörten, ob in den USA oder China, in Südafrika oder Frankreich, ob in einem kapitalistischen, sozialistischen oder faschistischen System.

Für Friedman ist zum Beispiel auch das Verfahrensrecht ein Regelwerk, um zwischen Gesetzgeber, Richter, Geschworene, Anklagevertreter, Anwälte und Beschuldigte die Macht zu verteilen, und um an Bürger und Staat, Gemeinde, Bundesstaat und Federal Government die Kompetenzen zuzuweisen.

In diesem 19. Jahrhundert sei die Gesetzgebung ein Mittel im Verteilungskampf der Gruppen (Landwirtschaft, selbständiger Mittelstand, alteingesessene europäische Einwanderer, Arbeiterschaft usw.) gewesen. Gesetze seien häufig Kompromisse zwischen den Interessen widerstreitender Gruppen und seien deswegen so kompliziert. Da der Interessenausgleich größtenteils über die öffentlichen Verwaltungen abgewickelt werde, hätten diese ihre Maßnahmen vervielfachen und verstärken und ihr Personal dementsprechend vermehren müssen. Anders hätten sie Börsenaufsicht, Sozialversicherung und Wohlfahrtsmaßnahmen aller Art nicht durchführen können.

Eine wichtige Rolle spielt die allgemeine Stimmung - der Optimismus, als das Land nach Westen noch offen war, die Niedergeschlagenheit in den Agrarkrisen und sonstigen Konjunkturerinbrüchen. Die Angst ist immer präsent, etwa vor den Schwarzen, den Gelben oder den neuen Emigranten. Von der Gründung der USA an sind sich die Bürger der Gefahren bewußt, die von einem Machtmißbrauch der «großen Familien», Dynasties, von Industrie- und Transport-Trusts, Regierungen und Parlamenten ausgehen. Dieses Bewußtsein verlangt überall den Einbau der Check-and-balances-Mechanik. Die früh erwahten Bedenken gegen die Ausbeutung der Natur veranlaßte bereits 1872 die Einrichtung des Yellowstone-Nationalparks.

Es ist für Friedman charakteristisch, es sollte für jeden Historiker selbstverständlich sein, daß er für jede Erscheinung eine Erklärung sucht, für die Änderung des Plädiersystems wie für die Zahl der Ehescheidungen und der Versicherungsprozesse, für das Nebenstrafrecht und die Sachmängelgewährleistung. Daß seine Erklärungen nicht stets überzeugen, bisweilen widersprüchlich aussehen und oft zum Weiterfragen anregen, ist sicherlich positiv zu vermerken.

### III.

Ein paar Bemerkungen zu dem Buch sollen unseren Bericht abschließen: Friedman behandelt in drei Abschnitten die Kolonialzeit, die Periode von der Unabhängigkeit bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts und dann die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts. Der Leser bedauert die zeitlichen Grenzen, die er sich gesetzt hat. Zum einen ist auffällig, daß er historische Entwicklungen aus der Zeit vor dem Beginn der neueren amerikanischen Geschichte kaum erwähnt. So geht er bei der Kodifikationsfrage nicht weiter als bis zu Napoleon, im Seerecht nur bis zum englischen Act von 1863 zurück. Bedauerlich ist andererseits, daß er die Entwicklungen des 20. Jahrhunderts lediglich in einem Epilog von knapp 30 Seiten skizziert.

Friedman will keine allgemeine politische Geschichte oder Verfassungsgeschichte schreiben. Deswegen werden solche Verfassungsprobleme wie die Koloniegründungen, Unabhängigkeit, Verfassungsbeschlüsse, Ausdehnung der USA, der Sezessionskrieg oder die Weltkriege nicht thematisiert.

Da er eine ausgesprochene Aversion gegen «Rhetorik» hat, referiert er kaum die eigentliche Gesetzesgeschichte, die Kämpfe und Argumente, die zur Verabschiedung eines Gesetzes führen und dann dessen Anwendung begleiten oder die den Beschluß eines Gesetzes und seine Durchsetzung verhindern.

Er legt wenig Wert, wohl zu wenig, auf Religion und Philosophie, weltanschauliche Vorstellungen und Parteiprogramme. Die Laissez-

Faire-Doktrin ist ihm nicht mehr als eine Floskel der Reichen und Mächtigen, um am Ende des 19. Jahrhunderts den anderen die Teilhabe an Wohlstand und Einfluß vorzuenthalten. Juristische Denkrichtungen und Theorien finden kaum Friedmans Aufmerksamkeit, mit Ausnahme der Ansichten Langdells und der Rechtsrealisten.

Haben wir damit bezeichnet, was Friedman nicht bringen will, so dürfen wir jetzt sagen, was er in großer Menge liefert: Information darüber, welche Probleme die Menschen früher hatten und mit welchen rechtlichen Mitteln sie ihre Probleme zu lösen versuchten, welche Regeln der Vergangenheit auf das gegenwärtige Recht einwirken. Dabei umfaßt Friedman das gesamte Recht, nicht bloß einen der beliebten Ausschnitte wie Privatrecht, Strafrecht oder Verfassungsgeschichte. Er widmet sich liebevoll der Geschichte von Bench and Bar, läßt auch die Volksjustiz nicht aus und bezieht großzügig Wirtschaft und Gesellschaft in seine Darstellung ein.

Er schreibt sein Werk für den heutigen Leser, betrachtet die Geschichte — ohne sie zu deformieren — im Wissen um die Probleme, die noch heute ungelöst sind. Er erzählt nicht ohne soziales Engagement. Mit der Gegenwart im Auge erklärt er z.B. das Versagen der Fürsorge im vorigen Jahrhundert damit, daß die Allgemeinheit Landstreicher gefürchtet und zudem gemeint habe, jeder Arme sei fähig zu arbeiten, könne Arbeit finden, habe die Möglichkeit genug zu verdienen und könnte die Armut überwinden, wenn er es nur wollte und nicht faul wäre. Überhaupt: in welchem unserer Rechtsgeschichtsbücher würden wir zwei Kapitel mit der Überschrift «The Underdogs» finden?

Um den Nichtspezialisten durch die Geschichte des Rechts zu führen, erklärt er geduldig Begriffe wie Tort (unerlaubte Handlung), Warranty (Gewährleistung), Fixture (Grundstückszubehör, bzw. -Bestandteil), Adverse Possession (Ersitzung), Pledge und Mortgage (Pfand und Hypothek), Judicial Review (Prüfung der Verfassungsmäßigkeit) oder Corporation as an Artificial Person (juristische Person).

Das Buch zeichnet sich dadurch aus, daß es auch für den Ausländer leicht verständlich ist. Friedman verfügt darüber hinaus über richtiges Erzähltalent. Er schreibt lebhaft, geradezu farbig. Eine Menge kürzerer Zitate aus zeitgenössischen Quellen geben einen Eidruck vom Orts- und Zeitkolorit. Dabei sieht er die Rechtsgeschichte nicht als eine Fossiliensammlung an, nicht als ein Museum mumifizierter Zufälligkeiten, sondern als eine Studie der sozialen Entwicklung, a study of social development, unfolding through time.



PAOLO CAPPELLINI

SCIENZA CIVILISTICA, 'RIVOLUZIONI' INDUSTRIALI,  
ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO:  
VERSO UNA NEOPANDETTISTICA 'INVOLONTARIA'?

(A proposito di Franz WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, Introduzione di Gianfranco Liberati, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1983).

Di Franz Wieacker si era già tradotta fin dal 1980 con opportuna intrapresa editoriale, nell'ambito della collana « Per la storia del pensiero giuridico moderno », la fondamentale « Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania » — a tutt'oggi fondamentale, verrebbe anzi fatto di soggiungere, con un allusivo accenno che andrà tra breve esplicitato.

Non può dunque che salutarsi con soddisfazione — sia pure in uno spazio necessariamente più contenuto di quanto non sarebbe richiesto ad una esaustiva esposizione e dei profili problematici dell'opera in sé presa e, soprattutto, di quelli che essa oggettivamente viene o dovrebbe venire a suscitare nel nostro contesto scientifico — la riproposizione in lingua italiana, quasi ideale integrazione rispetto all'appena richiamata analogia iniziativa, della raccolta di saggi dal medesimo autore riunita nel 1974 sotto il titolo estremamente significativo di « Diritto privato e società industriale » (1).

Ci pare inoltre circostanza degna di non passare sotto silenzio, proprio in quanto suscettibile di corroborare quella consonanza e ideale funzione integrativa di cui si discorreva, l'inclusione di una tale riproposta nella serie di studi da Mario Bretone e Raffaele Ajello esplicitamente dedicati alla « storia del pensiero giuridico » (2).

---

(1) F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974. Va forse rilevata l'utilizzazione nel titolo originale della nozione di *Ordnung* riferita al diritto privato, che viene a cadere nella traduzione, ma che pure segnala una sfumatura ideologica degna di considerazione quando si tratterà di procedere a quella più globale valutazione delle continuità o discontinuità delle analisi wieackeriane cui si farà cenno più oltre.

(2) Il volume infatti appare come sesto nella collana di Studi intitolata alla « Storia del pensiero giuridico ». Non possiamo naturalmente soffermarci su di un profilo che meriterebbe da solo di essere studiato, ovvero quello della frequenza, delle motivazioni e del ruolo che spetta in Italia alla traduzione di testi giuridici,

Non sarà ovviamente possibile, come andavamo già segnalando, esaurire la complessità delle prospettive aperte da saggi che spaziano su argomenti la cui essenzialità dovrebbe essere evidente non solo per lo storico del diritto ma, diremmo, anche ed in via privilegiata per il giurista 'positivo' (3).

Né siamo in grado, pur vivamente desiderandolo, di raccogliere integralmente in questa sede le suggestioni contenute nella sottile e garbatamente polemica presa di posizione di Kurt Biedenkopf — opportunamente richiamata da Gianfranco Liberati, tra l'altro fine traduttore dei testi, nella sua ampia e puntuale introduzione —, che in occasione significativa nel quadro accademico germanico ha creduto di poter parlare di una tendenziale « riscoperta del diritto privato » (4), enunciando così per l'appunto implicitamente la cornice interpretativo-concettuale entro la quale pienamente si giustifica l'intrappresa di cui si cerca qui di dar conto.

Da questo più ampio complesso problematico ci sembra tuttavia necessario enucleare almeno tre tipi di suggestioni, quelli cioè che abbiamo tentato di configurare icasticamente e sinteticamente nell'intitolazione.

La prima suggestione concerne la personalità culturale dell'autore medesimo nel suo rapporto con la 'scienza' civilistica; e, nel parteciparla al lettore, non possiamo far a meno di prendere le mosse proprio da alcune parole conclusive il secondo volume della summenzionata *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, quando, preso atto dello smantellamento delle basi ideali del Formalismo giuridico, si osserva tuttavia come al dissolversi del prestigio dei suoi sistemi e delle sue costruzioni non si sia stati in grado di replicare sostituendo loro un nuovo piano

---

e se sia eventualmente lecito individuarne criteri in qualche modo paradigmatici. Ma ciò apparterebbe in pieno ad una storia « letteraria », dei generi letterari, della nostra civilistica che tuttora non pare molto coltivata. Vedi comunque da ultimo sul ruolo della storia del pensiero giuridico per il privatista le partecipazioni di N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, p. 24 ss.

(3) Basti all'uopo enumerare senza commento i titoli degli articoli raccolti: *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna; Diritto civile e mutamento sociale; Pandettistica e rivoluzione industriale; La lotta per i codici nazionali nell'Ottocento.*

(4) K. H. BIEDENKOPF, *Die Wiederentdeckung des Privatrechts*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, hrsg. von N. HORN, München, 1982, II, pp. 21-31; cfr. G. LIBERATI, *Introduzione alla traduzione italiana*, cit., p. LVIII.

Accennavamo nel testo al fatto che la « Storia del diritto privato moderno » del Nostro può ritenersi a tutt'oggi fondamentale e non « sostituita »: l'importante — anche nei suoi profili contestabili — lavoro di H. COING, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, Bd. I, Älteres Gemeines Recht*, München, 1985, risponde infatti a criteri estremamente diversi, che non possono formare qui oggetto di disamina, ma che comunque appaiono rispondere ad un modello storicamente e logicamente « antecedente » alla strutturazione wieackeriana. Di qui, com'è ovvio, il suo interesse, ma anche la (in definitiva abbastanza radicale) non-sovrapposibilità delle prospettive.

generale, una nuova certezza metodologica, talché soltanto di rado i progressi della dogmatica del diritto civile negli ultimi decenni sono stati, sia per importanza interna che per influsso esterno, all'altezza — ad esempio — della Pandettistica del secolo scorso (5).

Ingiustificate e ingiustificabili nostalgie per la Pandettistica (6), o equilibrato giudizio storiografico? Come che sia, va in ogni caso rilevato che a tutt'oggi manca una valutazione prospettica consapevolmente globale dell'attività scientifica del Nostro, che pure così spesso ricorre quale discussa o indiscussa *auctoritas* sia nel campo degli storici del diritto che presso i cultori del diritto privato.

Non che non si sia cercato di illuminare criticamente singoli aspetti della sua attività di studioso: ne è esempio recente, da ultimo, l'acuta anche se non in tutto condivisibile analisi di Marcell Senn, che, in un volume dalla coraggiosa impostazione dedicato alla *Wissenschaftsgeschichte* della storia del diritto come disciplina giuridica nel dopoguerra con specifico riferimento alla Germania, rileva nello (e dietro lo) sforzo wieackeriano per una piena 'storicizzazione' della storia del diritto in realtà la presenza di una strategia di autodelimitazione disciplinare 'protezionistica' nei confronti non soltanto delle discipline giuridico-filosofiche, ma altresì di quelle giuridico-dogmatiche (7).

Significativamente, tuttavia, un simile approccio resta condizionato nelle risultanze proprio alla sua (voluta) 'settorialità': non si tematizza cioè l'importanza all'interno della strategia degli elementi non peculiarmente metodologico-ermeneutici, ma bensì anche contenutistici che sovrintendono all'individuazione della medesima *Teildisziplin* della 'storia del diritto privato moderno', la quale postula esplicitamente una gamma di possibili modi di rapportarsi al lavoro concreto della civilistica. In altre parole, si rischia di perdere di vista il problema sollevato dal fatto che come nocciolo di quella «disciplina parziale» della nuova storiografia giuridica si propone o sembra debba proporsi la cosiddetta 'storia dei dogmi' o degli istituti (8).

Non solo; resta ulteriormente non illuminato il 'senso', il vettore direzionale che guida l'analisi storiografica appunto sotto il profilo di quali 'contenuti' vengano in ultima istanza 'fatti passare' come frutti della disamina 'neutralmente' storico-giuridica e a quali 'destinatari' principalmente essi debbano intendersi diretti.

(5) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Trad. it. a cura di U. SANTARELLI e S. A. FUSCO, vol. II, Milano, 1980, p. 400.

(6) Riscontrabili comunque anche a partire dal nuovo testo tradotto; cfr. ad es. pp. 41 e 81 ss.

(7) M. SENN, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, Zürich, 1982, pp. 81 ss.

(8) Cfr. D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Rechtswissenschaft*, Giessen, 1985, pp. 27 ss.

Una tale finalità non può ovviamente essere raggiunta sulla base di una valutazione preponderante di scritti programmatico-metodologici del dopoguerra sulla funzione della storia del diritto; senza insomma contestualmente interrogarsi sul 'come' concretamente si sia fatta storiografia, su quali temi si siano affrontati ed in quali contesti.

In una parola solo una valutazione consapevolmente globale dell'attività del giurista Wieacker potrà dotare di segno — nella continuità o discontinuità — il valore delle singole proposizioni interpretative, anche di quelle più controvertibili; e basterebbe una rapida spigolatura per segnalarne alcune: dalla sottolineatura nell'ambito del diritto privato e sociale del pathos giuridico (*sic*) della collaborazione, alla preferenza manifestata per Otto von Gierke fra i critici del modello liberale nel diciannovesimo secolo, dalla assunzione del ruolo predominante dell'integrazione sociale alla critica dell'utilizzazione della nozione di « previdenza pubblica » così strettamente legata alla struttura dello stato sociale — al di là delle sue feconde applicazioni nel diritto amministrativo o dell'economia — nell'ambito specifico del diritto privato per l'ampliamento della figura dei contratti di fatto <sup>(9)</sup>, per giungere infine ai giudizi sulla Pandettistica più sopra riferiti.

Che una tale esigenza di valutazione globale non sia ancora stata tematizzata va a nostro avviso ricondotto, come a sua causa, ad una duplice forma di rimozione, già in qualche modo segnalata dalla ambigua *Bekanntnis* wieackeriana nei confronti della Pandettistica.

Da un lato anche troppo accentuato appare il pudore con cui — persino 'dalle nostre parti' — si cerca di glissare sugli importanti lavori wieackeriani di carattere più propriamente dogmatico-privatistico apparsi, tra l'altro anche nella collana « Der deutsche Staat der Gegenwart » diretta da Carl Schmitt, tra il 1935 ed il 1941, ovvero in pieno periodo nazista <sup>(10)</sup>: per riprendere un giudizio di Elémire Zolla recentemente espresso a proposito dell'opera di Mircea Eliade, una simile lacuna non può che essere imputata — in positivo e in negativo, ma certo non con vantaggio della consapevolezza scientifica — oltre che alla cattiva coscienza, al solito « stolido fanatismo europeo ».

Forse, in questa prospettiva, costituirebbe un notevole arricchimento della memoria storica, nonché delle sue ancora attuali ramificazioni, una certa provocatoria proposta di traduzione italiana anche di questi saggi; qualora naturalmente essa potesse avvenire senza tagli « sanitari », come talvolta è invece capitato per 'analoghi' e coevi lavori schmittiani.

<sup>(9)</sup> F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, cit., pp. 37, 38, 64 ss.

<sup>(10)</sup> Cfr. F. WIEACKER - W. WEBER, *Eigentum und Enteignung*, Hamburg, 1935; F. WIEACKER, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, Hamburg, 1935; ID., *Zum System des deutschen Vermögensrechts. Erwägungen und Vorschläge*, Leipzig, 1941. I primi due testi appartengono, come detto, alla collana edita da Carl Schmitt.

Una ricostruzione di questi aspetti — necessaria ad una più approfondita comprensione delle stesse risultanze dei suoi lavori storiografici — resta uno dei *desiderata* anche all'interno della medesima riflessione giuridica tedesca, se si prescinde da singoli accenni contenuti nelle importanti, quanto da noi troppo poco utilizzate ricerche di Rùthers e Stolleis <sup>(11)</sup>.

Ma altrettanto sottolineata andrebbe la seconda forma di rimozione alla quale la personalità del Nostro viene assoggettata, stavolta maggiormente ad opera dei ' giusprivatisti '; forma che anch'essa rimanda al suo (e al loro) rapporto con la Pandettistica. Intendiamo cioè far riferimento alla caratteristica realmente interdisciplinare — e multidisciplinare — sotto il cui segno è possibile ricondurre pressoché tutta la produzione di Franz Wieacker: ogni tentativo di definirlo rispettivamente (ma separatamente od alternativamente) come romanista, storico del diritto, civilista, ermeneuta o politico del diritto andrebbe e va fuori bersaglio, risulterebbe insomma sfocato.

Che una simile questione — ovvero la progressiva scomparsa dalla scena dei cultori della giurisprudenza della capacità di disporre di una tale complessità di approcci, di una così ampia tastiera di strumenti racchiuse nell'attività di un singolo giurista — vada oggi più che mai problematizzata in relazione all'ingresso della ' società ' nel suo complesso in una fase che da più parti viene ad essere ormai legittimamente definita come di « terza rivoluzione industriale » <sup>(12)</sup>, non ci pare possa essere seriamente messo in discussione; su questa base riacquista anzi un'attualità del tutto decisiva — come di modello ' a contrario ' e, storiograficamente, di punto di partenza — la lettura dei saggi ' Diritto civile e mutamento sociale ' e ' Pandettistica e rivoluzione industriale ' <sup>(13)</sup>.

Entrambi infatti segnalano, oltre che la preveggenza e l'intuito tematico dell'autore, una lacuna reale che affetta da alcuni decenni la prosecuzione delle ricerche storico-giuridiche, e non solo in Italia. Storiografia che ha sinora evitato di confrontarsi con sufficiente ed apprezzabile continuità con i problemi relativi al rapporto tra giuristi, ' rivoluzioni ' industriali e progressiva specializzazione dogmatico-disciplinare, facendo in tal modo sì che i saggi wieackeriani sullodati rappresentino a tutt'oggi una pietra miliare non ancora superata, nonostante risalgano ormai agli anni che vanno dal 1953 al 1966 <sup>(14)</sup>; ed ancora, nonostante che neppure essi si sottraggano proprio ad uno degli effetti che possono essere in parte addebitati alla prospettiva della *Pri-*

<sup>(11)</sup> Vedi B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1973; M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformel im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974, spec. pp. 114 ss. per gli scritti citati alla nota precedente.

<sup>(12)</sup> Cfr. per tutti A. TOFFLER, *The Third Wave*, London, 1980.

<sup>(13)</sup> F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, cit., pp. 43 ss., 73 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, cit., p. 5.

*vatrechtsgeschiede*, ovvero alla sottovalutazione e trascuranza dei cosiddetti « Nebengebiete » del diritto privato — quali quelli del *Patentenrecht*, della protezione civilistica del nome o della tutela delle invenzioni —: laddove appunto eccellevano giuristi dal Wieacker medesimo pressoché ignorati come Kohler o Gareis <sup>(15)</sup>.

Tocchiamo qui il terzo profilo che ci sembra necessario brevemente delineare in occasione della segnalazione di questo notevole volume: quello dei reciproci rapporti (o carenza dei medesimi) tra una giusciviltistica che prende gradatamente coscienza delle nuove realtà con cui il diritto privato viene ad incontrarsi — basterà a questo punto limitarci a far cenno alla tendenza a valorizzare l'analisi economica del diritto anche nei suoi eventuali profili di influenza sulla sistematica giuridica tradizionale, quale si riscontra ad esempio nel volume collettaneo dedicato a ' Interpretazione giuridica ed analisi economica ' (1982) o nella recentissima seconda edizione del lavoro di Guido Alpa sul diritto privato dei consumi <sup>(16)</sup> — e la storiografia giuridica.

Va detto subito — certo con beneficio d'inventario, date le numerose e significative eccezioni, ma comunque a scanso d'equivoci e senza infingimenti — che un tale rapporto è ancora ben lontano dal vivere l'interessante stagione che in tempi recenti esso pare godere, ad esempio, nel campo giuspubblicistico o amministrativistico <sup>(17)</sup>.

Molteplici possono essere le ragioni, e — non varrebbe nemmeno la pena di rammentarlo dopo quanto sinora rilevato — esse vanno con ogni verosimiglianza ricercate su entrambi i versanti.

Una in particolare ci pare tuttavia degna di menzione. Come, or è poco, è stato acutamente osservato — estendendo un'analisi di Caiani all'ambito del dibattito tuttora in corso su ritorno all' ' esegesi ', « nuovo formalismo » e questione metodologica — il linguaggio e le prese di posizione dei civilisti italiani, anche delle ultime generazioni, oscillano tra l'agnosticismo ed un eclettismo metodologici che sotto le parvenze, appunto, di un pluralismo metodologico ' annunciato ' (più che concretato) ed in ogni caso aperto senza molti filtri a ' prestiti ' di qualche ' moderna ' invenzione, rendono in via di fatto assai agevole la sopravvivenza senza soverchi traumi di una ben più antica — quanto si voglia temperata e lontana dai rigori, avvertiti non a torto come pericolosi, della dottrina pura — giurisprudenza dei concetti: di quella *Begriffsjurisprudenz*, insomma, che si credeva di non poter e dover ormai più rammentare o nominare <sup>(18)</sup>.

<sup>(15)</sup> D. KLIPPEL, *op. cit.*, p. 46.

<sup>(16)</sup> AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Prefazione di G. CALABRESI, Milano, 1982; G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986.

<sup>(17)</sup> Si faccia solo riferimento alla letteratura addotta da B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, nonché da G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

<sup>(18)</sup> P. ZATTI, *Methodenleere?*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. III, n. 2,

Numerose conferme di questa analisi potrebbero a questo punto essere addotte, ma ciò che ci preme per adesso sottolineare è il curioso fenomeno che fa apparire una simile continuità non frutto di un mascheramento ideologico consapevolmente perseguito od oggettivamente riscontrabile, ma come una eterogenesi dei fini, come una continuità in molti casi paradossalmente ' involontaria '. In altre parole — dal momento che non ci sembra che sul punto regni ancora soverchia chiarezza — essa è spesso il frutto di strategie discorsive e dogmatiche che nelle intenzioni vorrebbero talora portare a conseguenza quanto una critica serrata e dura della Pandettistica avrebbe scoperto come non condotto a termine e presente solo a livello di intuizione poi strutturalmente non sviluppabile in quel contesto; oppure, assai più radicalmente, rompere in maniera esplicita con la tradizione pandettistica medesima, per proporre nuovi paradigmi — leggi una fase ' anglosassone ' della civilistica, dopo quelle a influenza francese e tedesca <sup>(19)</sup>.

Basterà richiamarsi qui — proprio perché sta per così dire all'origine di uno degli indirizzi più interessanti, quello volto a valorizzare le confluente con la *common law* e l'introduzione dei procedimenti della *economic analysis of law* — alle dure prese di posizione di Mario Bessone contro le categorie negozial-contrattuali d'impronta pandettistica classica <sup>(20)</sup>.

Forse proprio perché queste prese di posizione intendevano preludere ad un mutamento di paradigma dogmatico, la scelta strategica sembra però essere stata quella di assumere un'immagine storiografica della Pandettistica estremamente stilizzata e basata, a sua volta non casualmente, su di una letteratura della quale può quanto meno spesso rilevarsi per l'appunto l'obsolescenza ' storiografica ' <sup>(21)</sup>: anche nei casi di maggior sensibilità, cioè, una scelta — se si vuole implicitamente ' provocatoria ' nei confronti dello storico — di ' supplenza ' storiografica; scelta nei fatti assai distante da un'altra, pur possibile, di diverso segno, che potrebbe invece correttamente tendere a suscitare un dialogo sui punti problematici con gli storici del diritto privato. Scelta che appare inoltre consolidata in due tra le espressioni collettive più consapevoli dell'ultima civilistica; ovvero nel volume già ricordato relativo all'analisi economica, ed ancor prima nel *Reading* sul problema del negozio giuridico <sup>(22)</sup>.

---

giugno 1985, pp. 215 ss. È appena il caso di notare che nel titolo or ora rammentato non vi è alcun errore di stampa, ma solo una maliziosa ' sostituzione '.

<sup>(19)</sup> Cfr. per il primo profilo ad es. O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, pp. 285 ss., e per il secondo M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, ristampa inalterata, Milano, 1975, pp. 56 ss., nonché ID., *Nuovi saggi di diritto civile*, Milano, 1980, pp. 41 ss.

<sup>(20)</sup> M. BESSONE, *loc. cit.*, pp. 51-52.

<sup>(21)</sup> Ad es., cfr. *ibid.*, p. 43, nota 8.

<sup>(22)</sup> Cfr. *supra* nota 16 e vedi AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. SALVI, Milano, 1978. In entrambi

Che il non risolto nodo 'Pandettistica' appaia ritorcersi contro più d'uno di coloro che hanno tentato di esorcizzarlo, è considerazione allora che non deve sorprendere più di tanto, e men che meno colta sulle labbra di un civilista.

Non a caso Guido Alpa, nell'introdurre la recente traduzione italiana del volume di Robert Bowles, è venuto da ultimo sottolineando, almeno in via di principio, il decisivo ruolo di collaborazione che anche all'interno dei nuovi paradigmi deve spettare allo storico del diritto<sup>(23)</sup>: e proprio a questo proposito — a proposito cioè del rapporto tra diritto e scienza economica — va osservato come vi sia tutta una tradizione ottocentesca (anche, paradossalmente, di stampo intra-pandettistico) che attende ancora di essere riportata alla luce e valutata con attenzione<sup>(24)</sup>, se non si voglia ricadere, persino in un settore all'apparenza così vergine da pesanti ipoteche a caratterizzazione 'formalistico-pandettistica' (espressione che anch'essa ovviamente andrebbe ripensata e ridiscussa), in vecchi errori e sopravvalutazioni; o viceversa, per smania non sufficientemente fondata di novità, in attardate continuità 'involontarie' (o meno)<sup>(25)</sup>.

Il compito che attende entrambi, storici e privatisti — compito che dovrà prima o poi ricomprendere la ridiscussione dell'esasperato privilegio sin qui attribuito allo specialismo 'costi quel che costi' — ci sembra pertanto al meglio 'intuito' (assai più che portato a termine) nella consapevolezza precorritrice delle pagine wieackeriane: si tratta ora di produrlo, finalmente, a conseguenze.

---

è assente l'esigenza di 'sentire' ed includere il contributo dello storico del diritto moderno, benché vada registrata finalmente una diversa sensibilità storica dal civilista medesimo gestita, nonché una rilevante attenzione a profili di teoria generale.

<sup>(23)</sup> G. ALPA, *Prefazione* a R. BOWLES, *Diritto ed economia*, Bologna, 1985, pp. 15 ss.

<sup>(24)</sup> Questa prospettiva appare fuoriuscire completamente dall'orizzonte di attenzione del volume collettaneo ricordato *supra*, *sub* nota 16.

<sup>(25)</sup> Cfr. P. ZATTI, *art. cit.*, p. 220.

BARTOLOMÉ CLAVERO

## DE LA RELIGION EN EL DERECHO HISTORIA MEDIANTE

(A propósito de Harold J. BERMAN, *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983, VIII+657 pp.)

La ubicación del derecho entre revolución y tradición constituye el objeto de este enjundioso volumen; precisando, su objetivo se centra en la revolución que entiende generadora de la tradición jurídica singular del Occidente, queriendo identificar y analizar la relación que hubiera de crearse y mantenerse entre tales principio de revolución y efecto de tradición; a mayor precisión, se trataría de la *Papal Revolution* de Rosenstock-Huussy, con lo que la derivación puede producirse en términos de inspiración religiosa, si no abiertamente eclesiástica. A esta luz se reconstruye, con devoción y sin precipitaciones, con cuidado de argumento y sin descuido de matices, la historia europea del derecho.

La materia, con su amplitud, resulta de manual; no así, con su compromiso, el método; se repasan cuestiones características de una exposición de conjunto, pero no registrándose sus fuentes y siguiéndose su evolución, sino debatiéndose su literatura y persiguiéndose su explicación. No profesándose la investigación histórica, el riesgo asumido ya es grande en cuanto a la dependencia de estudios ajenos, aún a la contra, sin punto propio de contraste ni experiencia más directa, mas ésta no será una grave deficiencia, conocido el propósito; en sí misma habrá de interesar su propuesta sustantiva de lectura de una historiografía e interpretación de una historia. Este tratado ya pide sus baremos; antes que el grosor y vestimenta de su cuerpo, convendrá que se contemple, escuálido y desnudo, su esqueleto; o su cuestión esencial: la presencia de la religión en el derecho.

Por cuestiones esenciales se inicia el mismo volumen; aunque no todavía de la religión, nociones previas se nos ofrecen de los términos del título: Derecho y Revolución, procurándose sobre todo dejar a ésta definida: acontecimiento de cambio radical, acelerado, violento y de efectos duraderos que llegan a interesar al sistema social en su integridad. La entrada en materia, tras ello, debe ya serlo en cuestiones

particulares, pero sirviendo para definir la religión de que se trata; versa un primer capítulo sobre el Derecho de los pueblos germánicos, haciendo su aparición el cristianismo como un factor potencialmente dinámico; tan sólo esto todavía; la consideración del Derecho penitencial puede revelar hasta qué punto esta religión aún se presentaba con unos caracteres de pasividad social más cercanos a lo que seguiría siendo el cristianismo oriental que a lo que llegaría a ser el occidental, todavía como tal inexistente. El propio orden jurídico respondería a tales características más inérticas de un «paradigma social en el que se encuentra el derecho difuso y empotrado en otros órdenes», como el religioso, paradigma más familiar a los antropólogos que a los historiadores (p. 79).

El cambio decisivo advendrá para Berman en y de la religión, vía reforma cluniacense asumida e impuesta por el pontificado romano; vendrá por una *Papal Revolution* que satisfaría aquellos requisitos definitorios de una verdadera revolución, incluida la violencia. Con la asistencia de la terminología ya introducida de Polanyi, nos explica Berman cómo sería ésta la revolución que desempotró el derecho de otros órdenes sociales, o que propiamente lo produjo, dando origen a la tradición jurídica occidental, con toda su virtud de ordenación y capacidad de reforma. Ya no es la idea más debatida, y notablemente reavivada ahora por Paradisi, de la anticipación de medios religiosos en materia política, sino una sugerencia de mayor calado: el derecho como tal aparecería entonces y de tal modo, producto de una nueva religión, socialmente ya activa.

Berman no soslaya la evidencia de que el Derecho medieval en sus cotas superiores de elaboración cultural, del que la iglesia se valdría, no resulta un fenómeno exactamente eclesiástico o ni siquiera de tracto inequívocamente cristiano, con su adicción a la jurisprudencia romana. De ello se ocupa, resaltando oportunamente entonces sus relaciones más contemporáneas, metodológicas y deontológicas con la escolástica. Pero su interés, en el capítulo de «la Escuela de Bolonia», se cifra sobre todo en dejar bien sentado que, como el cambio eclesiástico había sido rigurosamente revolución, esta jurisprudencia medieval constituiría en no menor rigor ciencia, con su misma animación religiosa: «Sus criterios eran morales tanto como intelectuales» sin detrimento ni merma de su cualidad científica (p. 164).

Tras ello viene a detenerse en la misma conexión entre religión y derecho, tratando de «las fuentes teológicas» de la tradición jurídica occidental; con un convencimiento que sabe ciertamente transmitirse, analiza las nuevas doctrinas de sacramentos y postrimerías como fundamento de las propias categorías que vienen a configurar el derecho, especialmente en su vertiente penal. Menos convincentes ya resultan, pero no porque el autor vacile, los capítulos que siguen acerca de la estructuración del mismo Derecho canónico como «primer

sistema jurídico » que marcará la pauta; otros aparecerán luego, pero ni antes ni después se considera alguno también general de Derecho civil que pudiera cuando menos competir con el canónico. Debiendo así sortearse la misma jurisprudencia romanista, dicha primacía intenta mostrarse no sólo en los aspectos políticos y corporativos, en los procesales o en los civiles de familia, sino también en los de propiedad, sucesiones y contratos. La operación la facilita su misma tendencia, atribuyendo al Derecho canónico medieval categorías modernas.

Cierra la primera parte, que lleva por título *The Papal Revolution and the Canon Law*, un capítulo más particular sobre el Derecho canónico en Inglaterra, centrado todavía más concretamente en el conflicto entre Enrique II y Becket. Encierra el interés suplementario del planteamiento de relaciones entre los derechos continental e insular por vía precisamente canónica, pero, si no por otras razones ya porque no se delate mi ignorancia, me abstendré de comentario, permitiéndome tan sólo una maliciosa insinuación: el mero repaso de los escritos canonísticos recientemente coleccionados de Duggan no parece abonar la justificación de este capítulo tampoco por su aportación de ideas.

Por disimular también mi ignorancia en más de uno de sus apartados, de itinerario bien dilatado, tampoco retendré la atención en la segunda parte, consagrada a la constitución de otros sistemas jurídicos tras la primacía y el modelo del canónico: *The Formation of Secular Legal Systems*. Corrigiéndose la misma imagen excesivamente lastrada del derecho que pudiera haberse desprendido de la parte anterior, se expone ahora la conformación distinta, respecto al Derecho canónico y entre sí, de otros Derechos: feudal, señorial, mercantil, municipal y de los diversos territorios europeos, diferenciadamente considerados, no como derivaciones del sistema canónico, sino como verdaderos sistemas en sí, con sus propias raíces, bien que ahora estructurados y en su caso afianzados gracias al susodicho ejemplo del Derecho canónico.

En fin, « todos los sistemas jurídicos desarrollados en la Europa bajomedieval acusan la afinidad estructural con el sistema de Derecho canónico que prevelece a lo ancho de la Cristiandad Occidental » (p. 516). A través del mismo Derecho canónico ha de pasar para Berman la propia presencia jurídica de la religión, como si de otro modo tampoco cupiera. La religión se hizo derecho y parece que sin él ya no existiera.

Si no desde luego la riqueza de su despliegue, la clave de la obra ha podido quedar de relieve; el mismo autor de ello se encarga: « Los valores, categorías e instituciones basilares de los sistemas jurídicos occidentales se sustentan en ritos, ceremonias y creencias religiosas », siendo la misma « ciencia jurídica occidental una teología secularizada, cuyo sentido suele hoy escaparse porque sus supuestos teológicos no

se aceptan » (p. 165). « Al explorar los orígenes del pensamiento jurídico occidental en los siglos XI y XII abrigamos el propósito de develar, por implicación, el contraste entre la ciencia jurídica unitaria de la que se nutre una tradición de nueve siglos y la jurisprudencia escindida que en el nuestro satisface » (p. 591), se entiende que por dicha razón de haberse « casi totalmente repudiado la cimentación cristiana del Derecho occidental » (p. 197).

Sólo en nuestro siglo habría venido a quebrarse la tradición engendradora por la *Papal Revolution*, de suyo resistente a otras revoluciones, salvo a la soviética, con toda la propagación de su ideología (ps. 36-41). Lo cual, en nuestro autor, dista mucho de ser una alusión incidental; nos las habemos, como deberá saberse, con un acreditado soviólogo, cuya misma preocupación histórica se ha forjado en su contacto con un Derecho, digamos, o él diría, oriental. Quizá estemos tocando el motivo de fondo de su excursión histórica, el personal al menos, pero en lo que ya trasciende al propio trabajo y puede no ser impertinente a su comprensión.

Realmente Berman presentó su entendimiento de la tradición jurídica occidental en una obra sobre el Derecho soviético, a la que ya precisamente se le criticó en este punto su esquematismo, comprometiéndosele en el asunto; así al menos lo indica en la segunda edición, más desarrollada, del que es su trabajo más panorámico e interpretativo sobre este Derecho, donde tal esquema se contenía: *Justice in the USSR* (*Justice in Russia* en la primera edición, de 1950). Se trataba de una exposición ciertamente comprensiva del Derecho soviético, bien que presentándose paladinamente ya su mismo esfuerzo de comprensión como imperativo de conocimiento del enemigo político para su derrota y del pueblo por él gobernado para la consiguiente ocupación (reléase, antes de juzgárseme exagerado, su introducción). Entendiéndose que tal Derecho debe más a la propia tradición histórica rusa que a la revolución soviética, así reversible, aparecía como problema importante éste de la confrontación de las respectivas historias jurídicas.

Su divergencia primordial se remontaría al cisma de las iglesias ortodoxa y latina, con el acontecimiento subsiguiente, ya sólo en ésta, de la *Papal Revolution*, donde se generaría la tradición de derecho que a su modo más tarde remodelarían las revoluciones inglesa y francesa de extensión igualmente occidental. En diversas ocasiones, una sociedad oriental como la rusa habría intentado integrarse en esta tradición, con muy relativo éxito, aunque suficiente como para establecerse relaciones, no eliminadas por la revolución soviética. Aun con toda su diferencia de fondo, faltando allí la verdadera *Revolution*, ya el mismo cristianismo ofrecería su base, pudiendo entenderse que la auténtica ruptura sólo vendría por un cambio de religión, que ya el mismo marxismo la sería.

El propio fenómeno de la vinculación entre derecho y religión parece nada exclusivo de la historia occidental, planteándose ahora el problema del concepto más genérico de *Religion*. Pero Berman no deja margen a la especulación sobre su pensamiento; unas conferencias que dedicara a dicho preciso punto de la *Interaction of Law and Religion* ya quisieron dar cuenta en sus términos más generales del concepto. Como religión se concibe cualquier ideología, aún confesadamente arreligiosa, a cuyo efecto tanto se acentúa el componente religioso de las revoluciones inglesa y americana, significándose aquí el protestantismo, como se arrastra al mismo campo de la religión el aspecto confesional de todos los ateismos, marxismo incluido (*Interaction*, ps. 51, 68-73, 109, 146 ó 148).

Tamaño extensión del concepto ya era un requisito de su propio planteamiento. Desde su mismo esquema de la tradición occidental, la interacción entre derecho y religión se quiere de transcendencia universal, presentándose como una especie de antropología general del primero cuya clave se encerraría desde luego en la segunda. Y se trata de una antropología más deontológica que empírica, resultando la composición de ambos elementos un verdadero imperativo del orden social: « Ambos, derecho y religión, mutuamente se precisan; el derecho, asegurando la dimensión social de la religión; la religión, prestando al derecho animación y norte » (*Interaction*, p. 25). La historia jurídica occidental, tal como entonces se concibe, vendría exactamente a ilustrar esta deontología, dándole cuerpo a la propia religión en suerte.

No es de extrañar ahora que, antes de demostrar su conexión religiosa, tuviera Berman aquel empeño por dejar sentada la entidad científica de la jurisprudencia medieval; criterios morales habrían de servir para calificar a la propia ciencia jurídica, como tal ya con título para informar el derecho. No cabría siquiera un derecho, y menos así su ciencia, sin religión; todo sistema, como toda revolución, tendría su predicado religioso, aunque no todo derecho, como no toda religión, será verdadero: el modelo lo ofrece el Occidente. Y no tanto, como cabría esperar, por la antropología positiva de sus revoluciones liberales, con su confianza en la capacidad de razón del hombre y de determinación de la sociedad, sino por una antropología visceralmente negativa que ya por pura petición de principio postula la universalidad de la religión como muestra de la incapacidad para gobernarse del hombre y de la sociedad. El derecho vendría dado por religiones, no quedando más opción que entre confesiones.

No se le haría justicia a la obra histórica de Berman de quedarnos en sus motivaciones. Un estudio, que no mera prédica, ya de por sí puede trascenderse, habiendo de debatirse su substancia. Y *Law and Revolution* la tiene ciertamente desde su propio punto de arranque:

un cambio en la religión no sólo precede, sino que también sustenta, la transformación fundamental que se produjo durante la Baja Edad Media en el derecho. El propio orden jurídico que entonces se gestara mala comprensión tiene de olvidarse, como ciertamente se suele, su mismo persistente sustrato religioso.

Pero también desde el arranque las dificultades surgen cuando ya ni siquiera se ve el cuadro acomodarse en el marco que se le asigna: la *Papal Revolution*, resultando que esta especie de revolución cultural no responde a impulso pontificio o tampoco en buena parte a dominio eclesiástico; ya el propio término se dilata hasta su total desvirtuación en el mismo curso de la exposición (p. 100), pero a contracorriente se le mantiene. Su razón no parece precisamente histórica; que en sí no es inocente, y menos en medios protestantes, no es cosa que vaya a requerir explicación; y aquí ciertamente pesa: lo hemos visto forzando evidencias, con alteración de la propia jurisprudencia.

Y la imagen del Derecho canónico no resultaba incólume, con los anacronismos del caso. No vamos lógicamente a confrontarla en todos sus capítulos, probándose tan sólo el método; la materia de contratos puede constituir la muestra, interesadamente elegida desde luego, no sólo por la relativa holgura de mi conocimiento. En ella debe ofrecer Berman una imagen de este Derecho que prefigure nuestra sociedad de mercado bajo un cierto principio de libertad de contratación (ps. 245-250), con lo que se encuentra enfrentado a la dificultad de la misma interferencia de la doctrina religiosa. La solución es simple: consiste sustanzialmente en la remisión a una obra ya clásica como *The Scholastic Analysis of Usury* de Noonan, con su línea de argumentación más bien reductiva del tópico.

No siendo un estudio de investigación primaria, sería excesivo esperar que Berman fundase filológicamente su capítulo, ratificando en su caso la lectura de Noonan, pero no lo sería en cambio pedir que confrontase otras obras solventes de diverso enfoque, que en el supuesto notoriamente existen; así, *The Idea of Usury* de Nelson, sobre todo en su edición ampliada, donde puede concebirse y explicarse en términos de incompatibilidad la relación entre el paradigma canónico de usura y el contractual de mercado. No es cuestión de solventar aquí una ardua polémica, que ya nuestro autor elude, sino tan sólo de observar una servidumbre: aquella motivación de la obra histórica pesa en su composición sustantiva, y ésta, en la propia selección del material debatido.

Lo que no sólo afecta, en muy diverso grado por supuesto, a uno u otro capítulo, sino también al diseño general de la obra, y por dicha misma hipoteca de unas motivaciones realmente no transcendidas. Un disentimiento de fondo ya mediaba entre Noonan y Nelson: para el primero nuestro mundo se habría también formado, como para Berman, bajo las coordenadas del cristianismo; para el segundo en cambio,

no menos preocupado a su vez que Berman por la singularidad del Occidente, se habría gestado, tras la ruptura religiosa del XVI, por la revolución científica del XVII que daría paso, antes que a revoluciones políticas, a una profunda alteración de mentalidad, ya no propiamente religiosa. Y adviértase que esto, cualquiera que hubiese de resultar su importancia, es lo que falta, aún con su título, en *Law and Revolution*: una historia del Derecho occidental que no da prácticamente entrada, o no ofrece realmente juego, al racionalismo y al liberalismo, cuya revolución moderna se agota en el apartado introductorio de conceptos (ps. 30-37, 186 ó 590). Otra revolución la suplanta.

La presencia de esta revolución incluso parece reducirse respecto a esquemas anteriores del propio autor. Cuando se trataba de una más directa confrontación con el mundo soviético, todavía las revoluciones liberales se insinuaban como capítulos más sustantivos en la formación de un Derecho occidental; cuando en términos más generales se consideraba el valor de la religión para el derecho, más se apreciaban, con sus manifestaciones religiosas, las revoluciones inglesa y americana. El mismo capítulo protestante ha decaído, con una verdadera incompreensión de la sociología de Weber (ps. 336-339 y 550).

El vacío se ha ensanchado, reforzándose la tradición como puente; bajo él se abre el abismo de la revolución moderna; con él se cierra, o tal se quiere, su efecto de separación entre derecho y religión, entre orden formal de la sociedad y valores menos imponentes. En él se lucha por recuperar para la religión poderes que por esta revolución habían recaído en manos de la propia sociedad, con superación de servidumbres históricas o de otro modo transcendentales. Pero, ¿no nos encontramos aquí con unas presunciones nada extrañas a la misma historia del derecho, nacida bajo el signo de tales servidumbres y crecida sin una clara ruptura de su cordón umbilical?. Se ha tocado una fibra sensible no sólo a la religión, sino también al derecho; se ha teorizado una función que puede ser efectivamente común a ambos.

La franqueza de Berman descubre un paradigma finalmente no muy original. Ya le place al autor este término kuhniano de paradigma, que debate y asume desde un comienzo (p. 22), a efectos como el visto de la caracterización del derecho antes y después de la *Papal Revolution*: se trataría de distintos paradigmas sociales. Pero Kuhn pensaba en paradigmas menos objetivos, de la propia comunidad científica, estructurando y confiriendo sentido a una producción así radicalmente hipotecada. En la ciencia social también tienen su juego, componiendo el escenario antes que la historia llegue. Repásense las múltiples versiones de un mundo jurídico europeo sustancialmente conformado en la época medieval, que no en la moderna, y ya se detectará un fondo no tan ajeno al de la confesión de Berman.

Aunque el aprovechamiento bibliográfico no es esmerado, alimentándose la ilusión de originalidad, el propio autor ha de reconocer la compañía, especialmente, como fuera de esperar, entre quienes más se han ocupado de la materia canónica; así, la autoridad de un Le Bras o de un Kuttner puede efectivamente servirle en cuestiones nucleares para sus tesis (hay *Index*, incompleto respecto a autores, mas no faltando los principales). La canonística en general podría ciertamente avalarle; ya es dato revelador el que Grossi recientemente reseñaba de que para ella la historia moderna parezca no existir; por encima suya, aún quiere resistir el contacto con la cultura medieval.

Y el atavismo no es exclusivo de la canonística; desde luego ya se remedia mejor en otros ámbitos, como puede apreciarse en la reciente reseña de la historiografía jurídica italiana de la edad moderna ofrecida por Cavanna, resultando no indiferente a la cuestión metodológica el periodo histórico que se cultive; la propia emergencia del objeto moderno incide en perspectivas, aunque todavía quede todo el problema de su epistemología; lo traté y se discutió en un seminario cuyas actas acaban de publicarse. Pero el punto de partida de cuya superación en todo caso se trata no es otro que el susodicho: el de la presunción de los orígenes medievales, que no modernos, de las categorías sustentadoras de nuestra cultura jurídica. Las versiones, como las implicaciones, pueden con mucho variar, pero las hay, versión e implicación, comunes, subyaciendo este fondo o paradigma de una natividad, que no ya usualmente epifanía, por medieval, cristiana. O basta con que sea medieval.

Pese a su misma tradición polémica, resulta a la postre secundario que, reputándose medievales, los orígenes se consideren civiles o canónicos; ya su respectiva aportación ni siquiera fácilmente se distingue, como para materia política puede apreciarse en exposiciones recientes de Paradisi o de Gaudemet. Y esto sólo es un índice de la suplantación del problema. Pero no se espere naturalmente de Berman tal especie de revelación; su interés era el contrario: no sólo el de acentuar la versión más religiosa de los orígenes medievales, sino incluso el de velar alternativas internas, aún secundarias, del propio paradigma; ni aprovecha en lo que cabría la más desenvuelta literatura civilística, ni propiamente la confronta, contra su propio estilo; su mismo objeto de la jurisprudencia menos canónica ya se eclipsaba, como vimos; a su modo se confirmaba que se tocan las dimensiones metodológica y sustantiva. Sería ya excesiva la sospecha de que esto directamente responde a un propósito de complicidad para la recuperación de un frente desde las posiciones más extremas que ya desaconsejan la clarificación, pero el propio autor nos ha confesado que tales motivaciones existen. No habría al menos, de tenerse la malicia, juicio de intenciones.

Es pesada la hipoteca, pero no tiene por qué afectar al punto de arranque del cambio religioso medieval. Los mosmos historiadores también últimamente lo abonan, con su cuidado de relaciones sociales. El acontecimiento espiritual parece de importancia ya reconocida, contando con sus breviaros, como el de Vauchez, y también con sus monografías no encerradas en especialidad. Aquí está por ejemplo el concurrido *Purgatorium* de Le Goff, signo de toda una revolución de la que nuestro mundo provendría, según también sus expresiones, seguramente menos deliberadas. Pero concédase incluso que el cambio fuera revolucionario, aunque tampoco es que Berman facilite la apreciación de otra cosa con el cortocircuito que su esquema produce entre el Derecho altomedieval y otros que no sean el canónico.

El problema en todo caso no es el cambio medieval, con todo el peso de la religión, sino la exclusiva que encima se le quiere conceder; el problema es que para el Occidente este cambio se represente, no ya como una revolución, sino como su revolución: la que lo crea y determina, sin otra cuando menos equiparable, que requiriera más que una decena de páginas entre seiscientos cincuenta. Sea el volumen también un signo; para comprobarse la difusión y el arraigo del paradigma en la misma historiografía religiosa y jurídica, no se proceda a operaciones de búsqueda de revoluciones; ya es un síntoma aquel de la comparación al peso de los respectivos tratamientos, de la cultura medieval en relación con la moderna. No es desde luego un criterio muy científico, pero una exploración superficial puede bastar para el diagnóstico de las enfermedades más comunes.

Y otro paradigma existe, aunque aquí ni siquiera se contraste, ignorándose a sus representantes. A estos efectos, tanto o más llamativa que la incomparencia de Nelson, puede resultar el silencio sobre Polanyi, pues su bien característica terminología ya se adoptaba. Su mismo concepto cardinal de empotramiento o imbricación histórica de órdenes sociales, que buen servicio rinde, se adjudica curiosamente a Maine (p. 79), manteniéndosele de incógnito. Como ya se ha apreciado, no es Berman ciertamente autor que, sin reconocimiento ni debate, se apropie de categorías ajenas y de curso todavía no mostrenco, por lo que el caso realmente intriga.

Aunque su confrontación sea constante en Berman hasta el extremo del escrúpulo en la cita de autoridad, no debe tratarse de preservación ante el marxismo, pues, si lo hay en Polanyi, ya resulta remoto, cuando no prestado. El discernimiento en todo caso mal puede tampoco producirse con la politización a ultranza del propio debate cultural, concibiéndose monolíticamente, como confesión enfrentada, el marxismo, sin afluentes ni aledaños. Pero la razón de este silencio ya puede ser también más específica; tal vez el nombre de Polanyi, tanto o más que el de Nelson, podría enfrentar con aquel vacío de

la revolución moderna, tan fuera de campo que ni siquiera se argumenta. Tal vez ya obligaba a la rendición de cuentas que falta.

La concepción que, para antes de la *Great Transformation*, Polanyi esencialmente aplicara a la posición de la economía entre otras instancias sociales, implicándose el derecho, parece constituir la base, que no ha podido obviamente venirle a través de Maine, del planteamiento de Berman sobre el empotramiento del derecho antes de la *Papal Revolution*; si aquella *Transformation* pudiera hacerse coincidir con esta *Revolution*, se hubiera ciertamente conectado con una de las principales teorizaciones contemporáneas acerca de los órdenes sociales. Mas esto era llanamente infactible; con su categórica ubicación del cambio en época moderna, Polanyi ya se carga de evidencias, presentes por su conducto.

Con Maine, como con otros primitivistas, la elusión desde luego es más factible. La misma apelación antropológica ya resulta maleable; en principio, habría de servir para abordarse con mayor distanciamiento nuestra propia historia, captándose diferencia; a la postre, aquí coadyuva a la mayor identificación, figurándose tradición. Y no podrán los antropólogos quejarse de manipulación; de hecho la antropología erráticamente introducida en la historia europea, o con prisas por localizar su distinción, ya presta su ayuda, excediéndose incluso. No acudiría por ejemplo Goody en solitario a este auxilio, remontando aún más los orígenes de la diferencia occidental, religión mediante, en materia matrimonial, con la correspondiente dilatación de la propia identidad histórica.

El recurso expreso a la antropología, como el uso inconfesado de Polanyi, se agota para Berman en la época altomedieval. En esto tampoco le faltaría el apoyo de historiadores de inclinación actualmente antropológica, pero en su caso ello ocurre a pesar de quererse ulteriormente mantener una relación de órdenes, entre religión y derecho, a la que parece todavía convenir tales uso y recurso. En Berman todo tiene su lógica; a su propósito no le serviría de hecho una extensión de la perspectiva antropológica o de la más concreta categoría de empotramiento; ya su exotismo comporta un efecto de extrañamiento inhabilitante de la historia. Ocurrida la *Revolution* que se quiere tan decisiva como definitiva, ya conviene, para el juego de su misma relación actual, una determinación básicamente más reconocible de religión y derecho; un presupuesto de mayor confusión ya resultaría nocivo para el propio paradigma. Pese a la misma historia.

Pues cabe que, respecto a ella, peque Berman más por defecto que por exceso, quedándose corta su misma consideración de la presencia de religión en el derecho y de pensamiento teológico en el jurídico. La misma literatura que aprovecha le hubiera permitido ir más lejos; así, el estudio de Hofmann en materia tan civil y tan política como la de representación, con su vinculación histórica a doctrinas exqui-

sitamente religiosas; o así también desde luego, con lo que la materia de una «teología política» también tenía entonces de derecho civil, los *King's Two Bodies* de Kantorowicz (y curiosa errata aquí la de p. 615: *Theory*, por *Theology*, al citarse el subtítulo, perdiéndose lo que más habría de convenirle, aunque más revelador puede resultar que en materia política prefiera obras menos atentas a la propia sincronía de la cultura como la de Tierney, con olvido también de otras tan indicadas a su efecto como la de Buisson); la misma eclesiología de sensibilidad histórica, como la de Congar, podía haberle prestado mayor ayuda si de la exploración de presencia jurídica de la religión se trataba. Mas no parece con todo que fuera ésta la dirección que exactamente en sí interesaba a Berman.

O no parece que fuera la que, con todas sus consecuencias, exactamente le convendría. Su construcción de sistemas jurídicos, comenzando por el canónico, ya se sustentaba en presuposiciones políticas que no son las que se desprenden de estudios más considerados con el propio marco teológico. O pensemos qué ocurriría en materia más civil de atenderse a Nelson; desde su posición se abre ciertamente también una perspectiva más halagüeña para la apreciación de carga pretérita de la religión, pero con una inconveniencia que salta a la vista: aparece entonces una imagen del derecho histórico europeo que, con paradigmas canónicos como el de la usura, no resulta muy capitalista, más bien impresentable como arma antisoviética. Entraríamos en un juego todavía menos respetuoso con la historia de tomarnos en serio esta curiosa derivación, pero sólo aquí nos importa a sus efectos dialécticos, que para otros ya también he publicado mi particular *Usura*.

Y si de la confrontación antisoviética todavía se trataba, ¿no cabía mejor desde los supuestos más laicos de la no menos occidental revolución moderna? Y habrían de serlo en un sentido bien adverso al de la composición de Berman desde el punto inicial del postulado religioso, ya no, por dicha misma revolución, universal. Y no se trataría tampoco de la problemática de la secularización, ignorada por supuesto por Berman, que se plantea en términos de privación, sino de la más sencilla presuposición de indiferencia de la religión y, por tanto, de las evidencias históricas y antropológicas de su peso social.

El tratado de *Law and Revolution* habría sido entonces ciertamente muy otro, más ajustado de seguro a la propia historia. La identificación y el concernimiento se recluirían al menos en época más contemporánea, no interfiriéndose en otras ya intereses, ni sobre la forma como se compusieran religión y derecho, ni sobre su respectivo contenido. La base de la proyección al menos desaparecería, pudiéndose entonces detectar y analizar mejor la misma cuestión del profundo valor histórico de la religión.

Mas la propia historia nos llevaría a una religión hoy irreconocible, o a una religión incluso en sí indefinible, dada la persistente incardinación de órdenes. Este problema esencial de relatividad de la religión, como del derecho, también había de reducirse por Berman a una cuestión preliminar, confinada a tiempos primitivos de la historia europea. Se jugaba demasiado en ello; otra historia ya indiferente resultaría así despiadada para con sus buenos propósitos. La impasibilidad de la historia puede traer más crítica que su compromiso.

No se quiere esta indiferencia; la operación de defensa de un orden civilmente liberal pero políticamente no democrático, o con fuertes componentes al menos de carácter autoritario y corporativo, al querer valerse de la religión, precisa de la historia. Para encarnar un principio de imposición sobre el individuo y la sociedad o habilitar un medio de sustracción de parte del derecho a sus respectivos espacios de autonomía, había de combinar la religión contenidos actuales y formas pretéritas, presente e historia. Puede ésta suministrarle su conexión al derecho, siempre claro que salte sobre la revolución moderna. Era un imperativo del paradigma historiográfico que lo encierra político. Como decíamos, Berman guarda su lógica, que no es, como a menudo en esta ciencia más inconfesadamente ocurre, la de la investigación histórica.

Las implicaciones están a la altura de la propia ambición de la obra. Se anunciaba en las referidas conferencias con un propósito de «integración de disciplinas académicas» o de vencimiento de su «compartimentación» por la misma necesidad de superación antropológica de «las divisiones internas de nuestro entendimiento y de nuestra sensibilidad» en orden a una función finalmente política: «Los dioses del derecho y los dioses de la religión, como nuestras otras varias deidades, no podrán separadamente regalarnos la visión que se precisa para defender nuestra integridad como pueblo y como civilización» (*Interaction*, ps. 18-19). No cabe mayor transparencia.

Se piensa que la propia civilización ha entrado en crisis, y por dicho motivo de división entre sus dioses, o por el de la soledad de sus altares: el derecho ya sólo quiere ser principio formal, y no valor material. «Nuestro desencanto ante la religión y el derecho formales es el síntoma de una más profunda pérdida de confianza en valores fundamentales», habiéndose «fracasado en el mantenimiento de las justas conexiones entre los sistemas formales y los valores subyacentes de la religión y del derecho» (*Interaction*, p. 23). La misma ciencia jurídica se empeña en afirmarse y producirse al margen de valores trascendentes.

Esto para Berman supone una especie de suicidio del propio orden social; su salvación aún miraría a la religión más que al derecho: «La cuestión es la de cómo puede revitalizarse la religión», cuya respuesta

ya no sería ajena al «reconocimiento y restauración de su misma dimensión jurídica», entendido siempre que «así como el derecho sin la religión pierde su unción y su animación, pierde la religión sin el derecho su cualidad social y entidad histórica». Son los órdenes religioso y jurídico «dos dimensiones diferentes de la naturaleza humana, pero también el uno dimensión del otro. Juntos se sostienen o juntos caen» (*Interaction*, p. 78).

Berman eleva su pensamiento a los términos de que dimensión de la religión es el amor, del que el derecho está necesitado. Motivos históricos no faltan para ilustrar también esta relación, como bien ha visto Clanchy, pero a la hora de la verdad prefiere Berman sus autoridades; así la de Noonan, por las expresiones ahora del prefacio de su *Power to Dissolve*, que a este punto no quiere ciertamente aplicarse: «En casi todos los sistemas contemporáneos, la compatibilidad entre derecho y amor es un problema; para un sistema cristiano, lo es vital», y ello «por muy difícil que resulte para un ordenamiento concreto hacer suyo» este principio de caridad. En bella fórmula del propio Berman (*Interaction*, p. 91), debe ser «el derecho siervo del amor»; en su más desnuda idea, debe anularse el divorcio del derecho con la religión. Apropiándose la una del amor, mejor caerá el otro nuevamente en sus brazos.

Mas la modernidad del derecho nace de la disolución de este preciso vínculo, habiendo ya costado sangre en la Europa de las guerras religiosas llegar a tan sencilla conclusión; la división que se identificaba como síntoma de crisis de la civilización, lo es realmente de su salud. La virtud del derecho se cifra en esta separación; el derecho ha de dar forma, o serlo en su estructura de establecimiento y creación: modos y garantías formales para la determinación del individuo y de la sociedad. El extrañamiento de la religión resulta cuando menos uno de sus requisitos.

La religión, como cualquier elemento no lesivo de la libertad humana, tiene desde luego cabida modernamente con el derecho, pero no en él, cortándose la comunicación; la religión más fácilmente encarna todavía materialmente valores, los cuales ya deben confiarse a la misma libertad, y no a su imposición social. Y aquí podría desde luego entrar aquella dilatación, querida por Berman, del propio concepto: a cualquier ideología es aplicable el argumento. La extensión tampoco afecta ya al derecho, pues no admite definición moral; si un valor existe ahora para el derecho en Occidente, ha de serlo el de esta indiferencia, pese todavía a Stein y Shand: sus «valores» ya en buena parte son reducibles a formas. Se define modernamente el derecho en sí por esta neutralidad, suprema forma de respeto a religiones, ideologías y moralidades o más simple requisito de convivencia pacífica, por mucho que a Berman ello se le antoje un yerro.

Como otros elementos, sin ir más lejos la historia, ha podido manipularse la religión para una reconducción del derecho a posiciones menos entregadas al ejercicio de la libertad, o ciertamente la religión ha podido venir desempeñando esta especie de función tras la revolución moderna, hasta su más efectiva separación o, también, hasta su conversión al propio terreno formal del derecho, menos penosamente desde luego en medios protestantes que en los católicos. De esto se dolía igualmente Berman, contemplando una religión tan indigente de valores sustantivos como el derecho, pero también de ello, para infundirles todavía conjuntamente ánimos, se quería valer, errando la axiología.

Mas el cambio se contenía en la misma revolución moderna: la conquista del derecho desempotrado de la religión, que ya lo es de la forma como instrumento de libertad; por su mismo logro, si aún se quiere, todavía puede concebirse como modelo el Occidente; su único valor justamente comunicable ya sólo lo sería el de la autoterminación, sin su restricción usual de sentido; el valor, esto es, de la incomunicación formal: de la no imposición de comunicación material. Que esta tan occidental como universalizable revolución sea precisamente la que se eclipsa en Berman, no resulta desde luego caprichoso. ¿Qué revolución? era entonces la cuestión, aquí no menos errada.

*Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition:* la ecuación precisaba el tratamiento de otra revolución, ya más merecedora incluso del nombre según los propios baremos establecidos por Berman. Su opción de la *Papal Revolution* tampoco es que se haya en sí argumentado, viniendo esencialmente por vía de autoridad, en concreto de Rosenstock-Huessy. Pero aún las mismas remisiones de su capítulo de concepto tampoco dejan de conjurar contra su planteamiento; así, el clásico «manifiesto anticomunista», aunque éste no sea subtítulo suyo, *Anatomy of Revolution* de Brinton, cuya alegación ya resulta un tanto desconfiada. ¿Inconveniencias? Todas; revolución era aquí la moderna, aun reducida a política; y no sólo la inglesa, la americana y la francesa, sino también la rusa, que originalmente pertenecería a un mismo ciclo. Y la mayor inconveniencia al final llegaba, en el comentario de la bibliografía, reprochándosele a Rosenstock-Huessy capricho de conceptos, sesgo de datos, defecto de realismo y exceso de buenos sentimientos. No hay premonición; si acaso, fidelidad.

Eran empero otros tiempos, también para el pensamiento conservador; incluso fuera de él, el ambiente para Berman mejora. De vuelta de la modernidad, priva menos la razón; instalada en la postmodernidad, su revolución se desvanece. Así los *Cuerpos* de Kantorowicz, más que reeditarse, puede parecer que se reencarnan, con un mensaje

de redención para la propia historiografía: he aquí que se descubren religión y derecho, política y teológicamente además fundidos, para mayor impulso de la imaginación. Y también ha sido «teología política» la de Carl Schmitt, de la que no dejara de hacerse mérito en el encuentro de *Cristianesimo e Diritto Moderno* animado por Lombardi y Dilcher. Faltando en medio la revolución, la ciencia de los unos puede ser más fácilmente, para otros, escape gratuito, o también tradición interesada. De vuelta de la revolución, la historia se recupera.

Y la historia sirve, relacionándose religión medieval y derecho de formación moderna más intrínsecamente de lo que la propia investigación aún pudiera permitir, ahora por ejemplo también con Todescan. La operación es otra, o su realización al menos más expedita; no se sigue exactamente el camino de la indagación y la averiguación, sino el de la comprobación y la confirmación; el método de trabajo secundario ya tenía su conveniencia. Entre la separación actual de la religión y su imbricación histórica con el derecho, se ha querido construir un tercer término de comunicación más política; partiéndose del dato moderno de la disociación, quiere restablecerse la intercomunicación sobre la evidencia pretérita del empotramiento; es operación que mejor naturalmente progresa a través del tamiz de una historiografía ya confundida entre uno y otro mundo.

Es un caso de *Invention of Tradition*, que diría Hobsbawm, difícilmente actuable desde luego por decisión e ingenio exclusivamente individuales. Ya una tradición ampara al propio efecto de su invención; ya las historias de la religión y del derecho, con sus impenitentes proyecciones, tienen el terreno bien abonado. No se trata por supuesto de pura invención; realmente no se sabe qué ofrece en la cultura europea más materia para la misma operación, si la una, la religión, o el otro, el derecho. Ambos, que diría Berman, pueden prestarse en esto ciertamente mutuo apoyo; y al fin y al cabo se trataba de su relación.

La tradición jurídica ya debe resultar más joven de lo que ella misma presume, o ya debe ser más bisoña la tradición de nuestro derecho. Una revolución como la de los tiempos modernos, de mentalidad tanto como de sociedad, se sentiría especialmente necesitada de historia, y a los efectos no sólo de legitimación, sino también de propio control, con servicios como el ya referido de la religión. Que la historia jurídica naciera entonces más bien como derecho ya constituye todo un síntoma de una afección que le sigue aquejando, o que, con todo lo recorrido, aún puede seguirle estorbando la consideración del dato histórico de la revolución en cuya negación se criara. Al menos el tracto de la cultura jurídica supo guardarse, o su fractura recomponerse. Más que el motivo historiográfico de la evolución que ocupa a Stein, su punto ciego de esta revolución hubiera seguramente interesado.

Y la ceguera no se disipa por simple tacto; aquella emergencia del objeto moderno tampoco bastaba, o ni siquiera lo hacía el reconocimiento de la misma diferencia de la sociedad anterior a la revolución. Ya por no perder un parroquia, no todos se resignan a que la historia europea previa a la revolución moderna sea prehistoria y con ello arqueología; hemos visto que no sólo por nostalgia se reanudan lazos con el *World We Have Lost*. El mismo Laslett ya quiere borrar del mapa la propia expresión de revolución inglesa, esperando que el ejemplo cunda. Quienes mejor procuran captar la misma extrañeza de este mundo efectivamente perdido, moviéndose en un terreno científico, acaban expulsando totalmente de la historia, o del universo político, la razón de esta revolución que se interpone.

Pero tampoco era el terreno de Berman exactamente el científico; sus mismas cuestiones esenciales se han planteado, debatido y previamente resuelto en otro campo; las mismas opciones fundamentales sólo para él cabían en el dominio de la religión. La opción de Berman era efectivamente religiosa antes que científica; como tal resulta ciertamente inobjetable, no sometible realmente a argumento, amparándole la misma revolución moderna y el derecho que quiere ignorar; corresponde a la esfera íntima de su libertad. El problema venía de su transcendencia a la sociedad y a la historia, a la esfera política de la libertad común, atentando contra las mismas formas que la salvaguardan.

Tampoco era propiamente la cuestión de Berman, pese al título, la revolución, sino, prevaleciendo el subtítulo, la tradición; la primera ya se remontaba en provecho de la segunda, recludiéndose en tiempo remoto los propios signos antropológicos de la historia europea, cancelándose su revolución moderna. Y el problema entonces ha venido por el desquite del título, interponiéndose realmente una revolución como ésta. Antes que la tradición, era cuestión ciertamente la revolución; o antes que la continuidad de la historia, debe ser para ella misma cuestión la discontinuidad de sus paradigmas.

La cuestión radicaba en la identificación de la misma revolución, de aquella revolución realmente inductora del cambio de sociedad y mentalidad que ha engendrado nuestro mundo; de la revolución que, si así se quiere todavía, ha significado efectivamente al Occidente: la gran transformación de Polanyi, el cambio de paradigmas de Nelson, o también, si se prefiere, la mudanza anatomizada por Brinton. La revolución que habrá de considerarse ya para situarnos en un universo compartido.

El problema no está en el falseamiento de la historia, sino en su deformación por interferencia de paradigmas no inferidos de la correspondiente cultura. Y vale aquí la revelación de Berman: mandan las creencias, predicando tradición; la sierva era la historia, que auxilia y avala; el paradigma de los historiadores ya se manifiesta como la

negación de los paradigmas de la historia. Respiremos: la cuestión estaba finalmente en el paradigma.

Así se ha postulado la confusión entre derecho y religión, consiguiéndose al menos indiscutiblemente para la historia. Lo que, también finalmente, puede que no resulte un paso atrás en lo que a ésta estrictamente importa, con el predominio en su seno todavía del supuesto de separación que legitima especialidades. Aun con su ganga, que ya aflora, puede la operación resultar provechosa.

Cierto que Berman nos ha llevado a un estadio ideológicamente premoderno, pero puede también que nos haya conducido a la historia. La exposición de la ganga también lo es a su extracción. No sería el primero que partiese hacia la India y descubriera un Continente, para provecho finalmente ajeno y desconcierto primariamente de sus pobladores, que ya existían.

Pues quedan las historias de la religión y del derecho encaradas a la luna de un espejo que, no devolviéndoles su imagen, refleja en la superficie su parcialidad; al fondo, su paradigma. No sería solución volver el rostro.

#### OTRAS REFERENCIAS EXPRESAS

- Harold J. BERMAN, *Justice in the USSR - An Interpretation of Soviet Law*, Cambridge, Mass. 1963.
- , *The Interacion of Law and Religion*, London 1974.
- Crane BRINTON, *The Anatomy of Revolution*, ed. New York 1965.
- Ludwig BUSSON, *Potestas und Caritas - Die päpstliche Gewalt im Spätmittelalter*, ed. Köln-Wien 1982.
- Adriano CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983.
- Michael CLANCHY, *Law and Love in the Middle Ages*, en J. Bossy (ed.), *Disputes and Settlements - Law and Human Relations in the West*, Cambridge 1983, pp. 47-67.
- Bartolomé CLAVERO, *Usura - Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid 1985.
- , *Historia y Antropología - Por una epistemología del derecho moderno*, en J. Cerdá y P. Salvador (eds.), *Primer Seminario de Historia del Derecho Privado - Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona 1985, pp. 7-33.
- Yves CONGAR, *Droit ancien et structures ecclésiales*, London 1982.
- , *Etudes d'ecclésiologie médiévale*, London 1983.
- Charles DUGGAN, *Canon Law in Medieval England - The Becket Dispute and Decretal Collections*, London 1982.
- Jean GAUDEMET, *La formation du droit canonique médiéval*, London 1980.
- , *La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux à la théorie moderne de l'Etat*, en *Diritto e Potere nella Storia Europea - IV Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1982, I, pp. 1-36.

- Jack GOODY, *The Development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge 1983.
- Paolo GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 14, 1985, pp. 587-599.
- Eric HOBBSBAWM, *Inventing Traditions*, en E. Hobsbawm y T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 1983, pp. 1-14.
- Hasso HOFMANN, *Repräsentation - Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1974.
- Ernst H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies - A Study in Medieval Political Theology*, ed. Princeton 1981.
- , *Mourir pour la patrie et autres textes*, Paris 1984 (y gacetilla de *Le choix des Annales*, 39-5, 1984).
- Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1962.
- Stephan KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano 1935.
- , *Harmony from Dissonance - An Interpretation of Medieval Canon Law*, rep. en *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, London 1980, I.
- Peter LASLETT, *The World We Have Lost - further explored*, ed. Cambridge 1983.
- Gabriel LE BRAS, *Canon Law*, en C. G. Crump y E. F. Jacob (eds.), *The Legacy of the Middle Ages*, Oxford 1926, pp. 321-361.
- , *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, I. *Prolegomènes*, Paris 1955.
- , *Les origines canoniques du droit administratif*, en *L'Evolution du Droit Public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris 1956, pp. 395-412.
- , *Institutions ecclésiastiques de la Chrétienté médiévale*, Paris 1959-1964.
- Jacques LE GOFF, *Vers une anthropologie historique*, en *Pour un autre Moyen Age - Temps, travail et culture en Occident*, Paris 1977, pp. 333-420.
- , *La naissance du Purgatoire*, Paris 1981.
- Luigi LOMBARDI VALLAURI y Gerhard DILCHER (eds.), *Cristianesimo, Secolarizzazione e Diritto Moderno*, Milano 1981, I, pp. 506-609 (Franco TODESCAN, *Fermenti gallicani e dottrine anticonciliariste al Lateranense V - Un capitolo della Teologia Politica del secolo XVI*) y 701-754 (Ilse STAFF, *Zum Begriff der Politischen Theologie bei Carl Schmitt*, y Emanuele CASTRUCCI, *Teologia politica e dottrina dello Stato - Note sull'attualità del decisionismo giuridico*).
- Henry Sumner MAINE, *Ancient Law - Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, London 1861.
- Benjamin NELSON, *The Idea of Usury - From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, ed. Chicago 1969.
- , *Vergleichende Studien zum Zivilisationsprozess*, Frankfurt am Main 1977.
- John T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Mass. 1957.
- , *Power to Dissolve - Lawyers and Marriages in the Courts of the Roman Curia*, Cambridge, Mass. 1972.
- Bruno PARADISI, *Il pensiero politico dei giuristi medievali*, en L. Firpo (ed.), *Storia delle Idee Politiche, Economiche e Sociali*, II-2, Torino 1983, pp. 211-366.

- , *Formule di sovranità e tradizione biblica - Contributo alla storia della sovranità medievale*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 50, 1984, pp. 99-166.
- Karl POLANYI, *The Great Transformation - The Political and Economic Origins of Our Time*, New York 1944.
- , *The Economy as an Instituted Process*, en K. Polanyi, C. M. Arensberg y H. W. Pearson (eds.), *Trade and Market in the Early Empires - Economics in History and Theory*, New York 1957, pp. 243-270.
- Eugen ROSENSTOCK-HUESSY, *Die europäischen Revolutionen*, Jena 1931.
- , *Out of Revolution - The Autobiography of Western Man*, New York 1938.
- , *The Driving Power of Western Civilization - The Christian Revolution of the Middle Ages*, Boston 1949.
- Peter STEIN, *Legal Evolution - The Story of an Idea*, Cambridge 1980.
- y John SHAND, *Legal Values in Western Society*, Edinburg 1978.
- Brian TIERNEY, *Foundations of the Conciliar Theory - The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge 1955.
- , *Origins of Papal Infallibility, 1150-1350 - A Study on the Concepts of Infallibility, Sovereignty and Tradition in the Middle Ages*, Leiden 1972.
- , *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge 1982.
- Franco TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. I, Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano 1983.
- véase L. Lombardi y G. Dilcher.
- André VAUCHEZ, *La spiritualité du Moyen Age occidental (VIIIe-XIIe siècles)*, Paris 1975.
- Max WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen 1920-1921



GABRIELE CRESPI REGHIZZI

IL PERIODO NAZIONALISTA  
NELLA STORIA DEL DIRITTO CINESE (\*)

1. Sono ben pochi, tranne i Taiwanesi, coloro che conoscono il sistema giuridico della «Cina nazionalista», ed è più che plausibile la domanda se valga la pena di conoscerlo.

Eppure, prima di alzare le vele verso l'isola di Formosa, le leggi del Guomindang (GMD) ebbero modo di essere applicate — dopo il successo della spedizione del Nord e la costituzione del Governo di Nanchino (1928) — nella parte del territorio della Cina continentale controllata da Jiang Jieshi (Chiang Kai-shek).

Non si trattò di un prodotto legislativo di poco conto, ma al contrario di una codificazione amplissima e relativamente sistematica, di una revisione radicale e democratica almeno nei propositi, assai più innovatrice di qualunque precedente revisione delle compilazioni dinastiche fino al *Daqing Lüli*, il grande codice penale mancese, benché per molti aspetti essa si ricollegasse ai tentativi di riforma e svecchiamento del diritto imperiale avviati nel decennio precedente alla formazione della Repubblica (e necessariamente interrotti durante l'epoca turbolenta dei signori della guerra).

Entrambi i tentativi di riforma legislativa, quello del primo Novecento e quello degli anni 1927-1937, furono indotti, in dosi diverse e con molte contraddizioni, da motivazioni simili ed analoghe esigenze: indipendenza e sovranità, funzionalità amministrativa, modernizzazione economica e democrazia.

In entrambi i tentativi è apertamente dichiarato il desiderio (che è anche necessità) di combinare tradizioni nazionali e metodi occidentali. Confucianesimo e neoconfucianesimo si vestono di abiti stranieri secondo la moda del momento, con modalità sovente ingenuie e pittoresche in cui xenofilia e xenofobia si fondono e si confondono.

Forse la rottura con il passato fu, volle o dovette essere più esplicita nel primo periodo, allorquando l'imperatrice vedova chiedeva con-

---

(\*) Lavoro realizzato con contributi del Consiglio Nazionale delle Ricerche per gli anni 1983-1985 sul tema « Il diritto in Cina dopo la rivoluzione culturale » (Università di Pavia).

siglio ai suoi massimi funzionari circa i modi e i casi in cui si potessero introdurre « schemi occidentali » (editto del 29 gennaio 1901) per « aggiustare il diritto cinese mediante l'applicazione di idonee sezioni del diritto occidentale » (editto del 2 gennaio 1902): nella speranza che « l'applicazione sincera e giusta delle leggi occidentali sia ai cinesi che agli stranieri evidenzi la Nostra buona intenzione di cambiare il diritto nell'interesse del popolo » (editto dell'11 marzo 1902) e perché ciò « giovi al Governo » (editto dell'11 maggio 1902).

Certamente non si trattava allora di una riforma spontanea, e in questo essa differiva dalla riforma che sarebbe poi stata intrapresa dal Guomindang. Il cambiamento del sistema giuridico cinese non era soltanto un'esigenza domestica, ma una necessità per adeguarsi ai trattati ineguali, a cominciare dal Trattato di Nanchino che nel 1842 aveva assicurato ai cittadini britannici il privilegio della extraterritorialità.

La promessa di restituire alla Cina la piena sovranità, strappata agli inglesi nel 1902, era infatti condizionata all'abbandono di un diritto che all'Occidente appariva rigido, arcaico, crudele. Le parole del Trattato commerciale anglo-cinese di quell'anno non abbisognano di spiegazioni: « la Cina avendo espresso un forte desiderio di riformare il proprio sistema giudiziario così da armonizzarlo con quello delle nazioni occidentali ..., la Gran Bretagna conviene di prestare ogni assistenza a tale riforma, ed essa sarà anche preparata a rinunciare ai propri diritti di extraterritorialità quando sarà soddisfatta che lo stato delle leggi cinesi, l'assetto della sua amministrazione ed altre considerazioni la metteranno in condizione di farlo ».

Pochissimo tempo dopo la conclusione del Trattato il Trono, su richiesta di quattro vicerè, designò tre funzionari responsabili dell'opera di riforma integrale della legislazione cinese, ritenuta ormai improcrastinabile. Fra i tre spiccava la personalità di Shen Jiaben (1840-1913), un alto funzionario dell'amministrazione Qing di grandissima erudizione giuridica, la cui opera colossale (ottantasei volumi di diritto senza contare i materiali inediti!) è indispensabile conoscere per qualsiasi studioso del diritto cinese.

Può essere che le innovazioni introdotte dal Guomindang, sulla carta più profonde e più occidentalizzanti, in realtà siano state intensamente agevolate dall'opera intelligente e precorritrice di Shen Jiaben e dal lavoro sofisticato di una giurisprudenza (1912-1928) che non ebbe eguali nella formazione del diritto di transizione dalla vecchia alla nuova Cina; sebbene non sia facile decidere — per limitarci ad alcuni dei tanti esempi possibili — se fosse più audace l'abolizione della tortura o l'introduzione dell'idea di diritto soggettivo, il rifiuto dell'analogia in materia penale o l'adozione delle garanzie e dei formalismi del processo civile romano-germanico, la creazione di un sistema di giu-

stizia amministrativa o la parificazione dell'uomo e della donna in campo matrimoniale e successorio.

La riforma nazionalista, d'altra parte, mentre si indebitava fortemente verso il diritto europeo, incarnava anche l'originale pensiero costituzionale del padre della Repubblica. La teoria dei « tre principi fondamentali del popolo » (o tridemismo), dei « quattro diritti » e dei « cinque poteri », ben poteva essere considerata, in quell'epoca, « rivoluzionaria » (e « controrivoluzionarie » vennero coerentemente definite da leggi penali speciali del GMD le attività che si opponevano al tridemismo).

Mediando tra Occidente ed Oriente Sun Yatsen aveva saputo comporre la dottrina nostrana della separazione dei poteri con i due prodotti più raffinati (o più genuini) della civiltà cinese antica: il sistema degli esami e la censura (o sistema dei controlli). La somma dei due ingredienti dava, appunto, i cinque poteri: esecutivo (o amministrativo), legislativo, giudiziario, di controllo e d'esame, rappresentati da cinque uffici o consigli (*yuan*) paritari (almeno nella concezione originale di Sun Yatsen).

Sia sotto i Qing, sia sotto i nazionalisti, il diritto straniero è conosciuto innanzitutto grazie all'opera di esperti stranieri, preferibilmente attraverso il comodo filtro del diritto giapponese, antesignano nell'« orientalizzazione » o nella traduzione in ideogrammi di termini, concetti e categorie per lo più estranee alle società asiatiche.

I giuristi cinesi sembrano guardare con timore ed ammirazione a questo Giappone che ha saputo realizzare — nelle parole con cui Shen Jiaben (allora commissario per la revisione delle leggi) accompagnava il 3 ottobre 1907 il suo progetto di codice penale riformato — « un compromesso fra il diritto francese, le leggi Tang e Ming e il diritto penale della nostra Dinastia, modellando il tutto sul diritto germanico ».

Nell'uno o nell'altro periodo è il Governo che direttamente o indirettamente invita o incoraggia l'invito di esperti giuridici stranieri: giapponesi e francesi in primo luogo, ma anche americani, tedeschi e italiani.

Se Okada prepara il progetto di quello che diventerà — dopo l'intervento di Shen Jiaben — il codice penale riformato del 1910 e Yoshitada collabora alla stesura del primo progetto di codice civile dell'Impero (1911), Georges Padoux e Jean Escarra partecipano, con mirabile assenza di sciovinismo, all'elaborazione del codice civile nazionalista, promulgato a puntate, in cinque libri, nel 1929-1930.

Preceduto da un'opera di rilevamento delle consuetudini osservate nel Paese e da una vasta indagine di legislazione comparata, il codice civile del GMD non guarda più soltanto ai modelli germanico-giapponesi (come facevano i progetti del 1911 e del 1925), ma anche ai codici svizzeri civile e delle obbligazioni (forse il modello più influente), al codice civile brasiliano del 1916, a quello russo del 1922, ai nuovi codici

turchi del 1926 ed anche al progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni pubblicato nel 1937. Grande assente, all'apparenza, il Codice Napoleone poiché — a detta dell'Escarra — un codice datato 1804, farcito di aggiunte legislative secolari e sovraccarico di costruzioni giurisprudenziali di importanza e valore ineguali, « è un modello difficile da proporre a una nazione preoccupata di conoscere le produzioni più recenti della scienza giuridica occidentale ».

Un professore della Columbia University, Frank J. Goodnow, è l'artefice del « Patto costituzionale » proclamato nel 1914 da Yuan Shih-kai, uno dei tanti documenti costituzionali destinati a restare lettera morta tra il 1916 e il 1936.

Un nostro connazionale invece, Attilio Lavagna, è stato l'iniziale estensore del progetto del terzo codice penale repubblicano, che dunque attinge abbondantemente al codice Rocco (ma anche al progetto di riforma del codice penale francese) e segue il codice penale provvisorio del 1912 e il primo codice penale nazionalista del 1928. Infine modelli franco-germanici hanno impregnato le grandi leggi commerciali e i codici di procedura nazionalisti.

2. Neanche il destino delle due opere di riforma è curiosamente, troppo diverso.

La proclamazione della Repubblica e la guerra civile non consentono alla prima di perfezionarsi ed affermarsi. Il conflitto ideologico, la resistenza anti-giapponese, una guerra civile di diversa ampiezza e natura, la proclamazione della Repubblica Popolare costringono la seconda, degenerata attraverso le trasformazioni autoritarie del nazionalismo, a cercare altrove un terreno di sperimentazione ed applicazione.

Resistenze ed opposizioni al processo (vero o apparente) di occidentalizzazione hanno costituito, in entrambe le circostanze, un ostacolo grave; un ostacolo che ha confinato entrambe le riforme ad una frangia minoritaria, intellettuale ed urbana, della popolazione cinese, condannandole a un probabile fallimento anche nell'ipotesi di condizioni politico-militari favorevoli.

A prima vista fu il tentativo dell'ultimo decennio Qing quello che per ragioni cronologiche incontrò le obiezioni più gravi, legate alle alterazioni che esso apportava all'etica confuciana e al sistema delle cinque relazioni fondamentali (*wu lun*: padre-figlio, governante-suddito, marito-moglie, fratello maggiore-fratello minore, amico-amico). La avversione allo spirito del diritto occidentale, non alle sue tecniche, fece respingere il progetto di legge processuale, civile e penale, del 1906, che per la prima volta in Cina distingueva fra cause civili e penali, ammetteva l'avvocato in giudizio, introduceva la giuria, il confronto diretto dei testimoni ed altri elementi del processo angloamericano.

Ma la storia sembra ripetersi, o per lo meno vi sono considerazioni correnti nella natura delle obiezioni rivolte ad ogni riforma del diritto nazionale che tenti di introdurre elementi stranieri o semplicemente nuovi.

Nel febbraio del 1949, con una direttiva del proprio Comitato centrale, il Partito Comunista Cinese decise di abolire il « Codice delle Sei Leggi » del Guomindang. Alla direttiva del Partito seguì il 1° aprile 1949 un decreto del Governo che abrogava espressamente « il Codice delle Sei Leggi del Guomindang e tutte le leggi reazionarie ».

Anche in questa circostanza — secondo una prassi destinata a diventare regola nel sistema di Governo comunista — la decisione politica precedeva e predeterminava la decisione governativa, con procedura identica a quella rimproverata dai comunisti al metodo di Governo del Guomindang.

La direttiva del 1949 vietava ai Tribunali dei Governi popolari di applicare le leggi del Guomindang e invitava gli organi di amministrazione della giustizia a « criticare e denigrare il Codice delle Sei Leggi del Guomindang e tutte le altre leggi reazionarie » (in particolare « le leggi antipopolari dei Paesi capitalisti europei e del Giappone »). La dottrina marxleninistica sullo Stato e il diritto e il Mao Zedong pensiero erano il nuovo criterio per la valutazione della bontà del diritto, per la creazione e l'educazione degli operatori della giustizia.

Ma anche quella dottrina derivava da una filosofia straniera e apparteneva a un modello europeo, e sarebbe entrata, trentacinque anni dopo, in una crisi profonda.

L'innesto di diritti stranieri in Cina attecchisce infatti con difficoltà, prescindere dal modello prescelto e dalle circostanze di luogo e di tempo, ma il fascino di tale innesto è ricorrente.

Accolte con entusiasmo nella Repubblica Cinese Sovietica e nelle zone liberate, tradotte nella Costituzione e nelle prime grandi leggi del giovane ordinamento cinese sino al 1957, anche le seducenti proposte del modello giuridico sovietico deperiranno rapidamente dopo il Balzo in Avanti e la ventata maoista, fino ad essere brutalmente rivolte dal raptus distruttore della Rivoluzione Culturale e accomunate al diritto occidentale sotto l'etichetta spregiativa di « diritto borghese ».

Dopo la svolta del 1978 la Cina torna a guardare, per le sue quattro modernizzazioni, ad altri modelli. Ora è l'esperienza angloamericana che sembra dirigere l'evoluzione del diritto internazionale, industriale e degli scambi internazionali della RPC, mentre sul fronte domestico si sperimentano formule elastiche che tengono presenti che alcune caratteristiche degli ordinamenti giuridici socialisti meno tossici, come l'Ungheria e la Jugoslavia.

Ma fra tanti corsi e ricorsi, e nell'alternanza quasi pendolare di contrapposti modelli, formule, ricette, qual'è la profondità e quale sarà

la durata dei nuovi *flirts*? Gli incerti protagonisti della politica legale del Paese sono ben consapevoli — oggi come un tempo — della circostanza che « vi è una discrepanza fuori di qualsiasi proporzione fra ciò che viene considerato serio e leggero all'interno e all'esterno del nostro Paese » (per dirla ancora una volta con Shen Jiaben, nel ricordato suo memorandum del 1907 sul progetto di codice penale riformato).

D'altra parte, esitando a far propri i principi fondamentali e le strutture profonde di istituti occidentali adottati a scopo strumentale, o per ragioni di razionalità economica e fruibilità tecnica, essi prestano il fianco alle stesse critiche che rivolgono in queste pagine al sistema giuridico costruito dal Guomindang: con il rischio di inciampare nell'antico adagio della botte piena e della moglie ubriaca.

3. Il lettore osserverà che il documento presentato in questi Quaderni si limita essenzialmente ad una critica politica ed abbastanza generica di quanto esso attribuisce come specifico al sistema giuridico del Guomindang, senza curarsi in alcun modo delle dimensioni e della qualità della riforma legislativa o delle caratteristiche tecniche degli istituti che esso descrive; le quali invece — a prescindere dall'orientamento ideologico di fondo — tornano ad esercitare una certa influenza sul *restatement* attuale del diritto della RPC, la quinta modernizzazione, condotta in un paesaggio epurato dal maosimo e nel quale il socialismo reale sembra uscire discretamente di scena.

La stessa esposizione parziale, lacunosa, frammentaria, reticente, arbitraria, ingenua e spesso involontariamente comica, contraddittoria e talvolta inesatta, ci rivela molto su quanto gli autori — che scrivono nel 1981 — sanno, possono o vogliono dire del diritto del GMD.

Non occorre certo conoscere questo capitolo della storia del diritto cinese per sapere che il giudizio dei giuristi della RPC sul sistema giuridico nazionalista (prima si badi, della riforma che questo sistema ha subito a Taiwan) non poteva certamente essere troppo benevolo.

Ma la conoscenza di questo giudizio ha una sua utilità, se non altro, a futura memoria.

Esso avrà anzitutto ben presto valore storico.

Sembra che tutto cambi, e abbastanza velocemente, in Cina in questi anni del nuovo corso, ed anche il giudizio sul diritto nazionalista è probabilmente in fase di ripensamento. Nelle opere più recenti di storia giuridica qualcosa si muove, se non altro sul piano della forma e dello stile (in parallelo, tra l'altro, con la tendenza ad una parziale rivalutazione del contributo del capitalismo burocratico allo sviluppo dell'imprenditorialità cinese).

L'esposizione semplificata e riduttiva, e la contrapposizione manicheistica del diritto nazionalista al diritto popolare — che si trascina ripetitivamente da molti anni — è fatta, in secondo luogo, essenzial-

mente ad uso interno; in altre sedi, da parte di altri scrittori, il giudizio è più sofisticato e meno sfavorevole.

Questa osservazione è tanto più valida se, tendendo di superare lo schermo retorico e la barriera simbolica di tanta parte della letteratura cinese, specialistica e non, si cerca di capire quello che l'operatore del diritto cinese (legislatore, giudice, amministratore, docente o scrittore) realmente « fa », e non solamente dichiara o dice di fare; tenendo presente altresì che questo stesso operatore — come accade del resto in tanti altri Paesi ad ordinamento giuridico più sviluppato — non è sempre in grado di conoscere bene e interamente il proprio diritto nazionale.

Un simile sforzo ci riserverebbe non poche sorprese in ordine alle affinità fra diritto della RPC e diritto nazionalista.

Così, per limitarci a un esempio, come non sorridere di quelle affermazioni del nostro testo che condannano la legislazione nazionalista sulle società miste, i privilegi fiscali delle società straniere, la parificazione delle persone giuridiche cinesi e stranieri, alla luce della impressionante riforma della disciplina giuridica degli investimenti di capitale in Cina e degli scambi internazionali avviata nel 1979, e che sembra non avere mai fine?

Le società per azioni speciali del GMD sono ben poca cosa di fronte agli audaci esperimenti postmaoisti delle « zone economiche speciali » e delle « zone di sviluppo economico e tecnico » — nasce così un diritto commerciale speciale e particolare rispetto al diritto commerciale generale (tuttora in fase di sperimentazione e tormentata elaborazione), radicalmente innovativo se raffrontato alle soluzioni sovietiche ma che in prospettiva storica denota una sostanziale continuità con l'impostazione tradizionale — e le trecento società americane stabilitesi in Cina nel 1946 reggono male il confronto con le oltre duemilaquattrocento società miste e straniere operanti in Cina all'inizio del 1986.

Malafede, ignoranza o semplice ingenuità dei nostri autori?

Anche il più importante avvenimento legislativo del 1986 — la promulgazione, avvenuta il 12 aprile, dei « Principi generali del diritto civile », che entreranno in vigore il 1° gennaio 1987 — prova che il diritto (civile) nazionalista non è stato ignorato, nella forma e nella sostanza, accanto ad altri influenti modelli.

È importante conoscere l'opinione dei giuristi della RPC sul diritto del GMD anche nella prospettiva della riunione di Taiwan alla madrepatria (secondo il Preambolo della Costituzione della RPC del 1982 « Taiwan è territorio sacrosanto della Repubblica Popolare Cinese » ed ogni cinese, del continente o di Formosa, ha il « sacro dovere » di « completare la grande impresa dell'unificazione della patria »).

Sarà diverso quel giudizio una volta avvenuta l'opera di unificazione? O invece esso prefigura il metro che sarà impiegato per demolire o ristrutturare l'edificio nazionalista?

Può il nostro documento aiutarci a disegnare il contenuto concreto che potrà assumere la formula « Un Paese due regimi » (contrapposta ai tre principi del Popolo del Governo Nazionalista) applicata al problema di Taiwan, e quindi a pronosticare la natura di una ipotetica « legge fondamentale » di Taiwan, analoga a quella oggi in faticosa gestazione per Hong Kong?

È lecito cercare in questo documento (o nei molti altri disponibili nella stessa materia, pur nella loro storica mutevolezza) i limiti di una eventuale autonomia speciale, oggi promessa all'isola, probabilmente nel quadro delle aree amministrative speciali previste dall'art. 31 della Costituzione?

Le vicende e il precedente di Hong Kong — indubbiamente neanche il diritto della Colonia godette, per usare un eufemismo, di apprezzamenti entusiastici nella stampa della RPC — possono insegnare molto al riguardo.

Infine il giudizio del giurista cinese « socialista » (sia pure nell'accezione incerta ed elastica che questo aggettivo assume nella nuovissima realtà cinese) sulle istituzioni giuridiche del Guomindang — espresso in una pubblicazione destinata a circolare fra i suoi connazionali — fornisce all'osservatore esterno uno strumento prezioso per comprendere come quello stesso giurista avrebbe giudicato omologhe istituzioni del proprio sistema se ne avesse conosciuto il funzionamento effettivo o se avesse potuto descriverlo e valutarlo liberamente, senza essere costretto ad applicare due pesi e due misure.

È questa una constatazione ben nota fra gli studiosi del mondo socialista, a cui almeno formalmente la Cina ancora appartiene. Le opinioni espresse dalla stampa sovietica sul regime maoista e sul suo sistema giuridico (per es. circa il rapporto Partito-Stato o ideologia-diritto, o sul procedimento elettorale o sul funzionamento dei tribunali) non furono senza interesse per lo studio del diritto sovietico nella sua immagine e nella sua dinamica reale, e lo stesso è vero, *mutatis mutandis*, nel caso reciproco, nonché in quello — illustrato nelle pagine che seguono — del giudizio del giurista continentale sul diritto nazionalista.

IL SISTEMA GIURIDICO DEL GOVERNO DEL GUOMINDANG (GMD):  
1927-1949 (\*)

SOMMARIO

1. Analisi della legislazione del Governo del GMD.
  1. Struttura ed origini del sistema giuridico.
  2. Le tre fasi della legislazione.
  3. Caratteristiche della legislazione.
2. La Costituzione del Governo del GMD.
  2. Preparazione della Costituzione.
  2. Caratteristiche della « Costituzione della Repubblica Cinese ».
3. Il codice penale.
  1. Redazione del codice penale e delle leggi penali speciali.
  2. Caratteristiche del codice penale.
4. Il codice civile-commerciale.
  1. Redazione del codice civile-commerciale.
  2. Caratteristiche del codice civile-commerciale.
5. Il sistema giudiziario del Governo del GMD.
  1. L'apparato giudiziario e i gradi di giudizio.
  2. Il giudizio.
    1. Il giudizio segreto.
    2. Il sistema della Procura.
  3. Boicottaggio dei processi popolari.
    1. Propaganda del principio del « libero convincimento » del giudice.
    2. Ostacoli allo svolgimento dei procedimenti civili.
    3. Caratteristiche principali della procedura penale.
  4. Attività di spionaggio.

Il Governo del Guomindang nasce nel 1927, dopo il tradimento di Chiang Kai-shek <sup>(1)</sup> nei confronti delle forze rivoluzionarie. Questa mossa reazionaria è da considerarsi come continuazione della politica

---

(\*) Traduzione di Gabriele CRESPI REGHIZZI e Valeria ALBERTELLA da *Zhongguo falushi* (Storia del sistema giuridico cinese), a cura della Commissione editoriale per i materiali didattici di giurisprudenza, Gruppo redazionale per la ' storia del sistema giuridico cinese '; redattore capo: Zhang Pufan; vicedattori: Qiao Wei e You Shaoin; Pechino, 1982, pp. 421-455 (Cap. XVII), Ed. *Qunzhong Chubanshe*. Il cap. XX della stessa opera è stato tradotto in questi *Quaderni*, vol. 14 (1985), pp. 529 ss.

(1) Chiang Kai-shek (Jiang Jieshi nella trattazione ufficiale cinese), cognato

svolta dal Governo militare del gruppo Beiyang <sup>(2)</sup>. Tuttavia, dal momento che il GMD ascende al potere alla fine di un'era caratterizzata da un sistema sociale semi-feudale e dal continuo fiorire dei moti rivoluzionari della Nuova Democrazia guidati dal PCC, non si tratta più di una semplice dittatura della sola classe compradora <sup>(3)</sup>, ma, piuttosto, di una dittatura di capitalisti burocratici <sup>(4)</sup>, che ha come cardini le quattro grandi famiglie <sup>(5)</sup>.

Il Governo non può più pertanto essere definito come dittatura militare, ma, piuttosto, come dittatura feudale, compradora, (capitalista), fascista. Sotto questo profilo anche il sistema giuridico riflette le aspirazioni della classe capitalista, dei compradores, dei proprietari terrieri, ergendosi a difesa dell'economia semi-feudale.

di Sun Yat-sen, militare formato in Giappone, dopo un periodo di studio a Mosca rientra in Cina nel gennaio 1924 e partecipa alla riorganizzazione del Partito nazionalista (GMD). Contemporaneamente assume la guida dell'esercito che, nel luglio 1926, parte da Canton alla conquista del Nord.

Grazie alla sua posizione di capo delle forze armate, Chiang è in grado di dominare la coalizione eteroclita costituita dal Governo centrale, sicuro dell'appoggio della grande borghesia mercantile e delle banche, tronca i rapporti col Governo legale, che si è installato a Wuhan, e il 18 aprile 1927 sceglie Nanchino come sede del nuovo Governo.

<sup>(2)</sup> Le armate della zona settentrionale (*Beiyang lujun*), guidate fino al 1907 da Yuan Shikai, costituiscono il gruppo militare meglio equipaggiato del tardo periodo Qing e diventano un vero e proprio centro di potere che si sostituisce alla dinastia in completo sfacelo.

<sup>(3)</sup> Con questo termine di origine portoghese (*maiban* in cinese) — che oggi suona un po' meno dispregiativo di un tempo — si indicano le persone, per la maggior parte mercanti, che pur trovandosi sotto il dominio, il controllo o l'influenza dei colonizzatori riescono ad instaurare con gli stranieri fiorenti rapporti commerciali. I *compradores* cinesi sono per la maggior parte originari di Canton; mercanti che già godono di un buon giro d'affari e si specializzano nel commercio di prodotti occidentali diventando intermediari indispensabili per le grandi società che altrimenti difficilmente riuscirebbero a superare gli ostacoli creati dalla lingua e dalla complessità del sistema economico e delle istituzioni.

<sup>(4)</sup> Con il termine capitalismo burocratico si intende la partecipazione statale alla creazione, alla gestione e/o al controllo di imprese. Il primo esempio di questo tipo di capitalismo è costituito dalla creazione della « China Merchant's Steam Navigation Co. » nel 1872, che si configura come una compagnia di navigazione gestita da privati ma a partecipazione statale, in cui la direzione tecnica viene assunta dai commercianti controllati da funzionari espressamente nominati. Questo metodo viene designato col nome di *guan du shang ban* (controllo ufficiale - gestione dei mercanti) e diventa il modello di quasi tutte le imprese successivamente create dalle autorità.

Il contributo del capitalismo burocratico allo sviluppo del mondo imprenditoriale cinese è un tema ancora molto dibattuto; attualmente in Cina si tende a rivalutarne l'importanza mentre per anni (come dimostra anche questo testo) lo si è considerato un fenomeno negativo.

<sup>(5)</sup> Si tratta di famiglie proprietarie di grandi banche che in pratica dominavano le finanze del regime: i Song (T. V. Song diplomato ad Harvard e cognato di Chiang), i Kong (una famiglia di uomini d'affari dello Shanxi), i Chen e i Jiang.

## I. *Analisi della legislazione del governo del GMD.*

### I.1. *Struttura ed origini del sistema giuridico.*

Il sistema giuridico del GMD è formato da due parti: diritto scritto o legale (*chengwen fa*), precedenti giurisdizionali (*panli*) e chiarimenti interpretativi (*jieshili*) [degli organi giudiziari più elevati] <sup>(6)</sup>.

La I parte comprende: Costituzione (*xianfa*), codice civile (*minfa*), codice penale (*xingfa*), codice commerciale (*shangfa*), codice proces-

(6) Solo nel 1905 il Ministero delle Pene (*hsingbu*), protagonista della vita giudiziaria delle ultime dinastie, si trasforma in Ministero della Giustizia e la Corte Suprema, con il nuovo nome di *dali yuan*, acquista un'autonomia prima sconosciuta e rafforzata nel 1910 dalla prima legge generale sull'organizzazione giudiziaria, a cui si fa risalire in Cina la separazione del potere amministrativo dal potere giudiziario. Sotto il regime nazionalista, la Corte Suprema cambia sede (da Pechino a Nanchino) e nome (*Zuigao fayuan*) e al Ministero della Giustizia si sovrappone il nuovo Ufficio giudiziario (*sifa yuan*), l'organismo preposto ad uno dei cinque poteri contemplati dalla dottrina costituzionalista di Sun Yat-sen (cfr. *infra* nt. 9). Il *sifa yuan* è retto da una legge istitutiva del 1928, mentre una nuova legge generale di organizzazione giudiziaria del 1932 è in vigore dal 1° luglio 1935.

Trascurato o decisamente avversato dalla dottrina giuridica della Repubblica Popolare Cinese, che per un trentennio ha fatto proprie le posizioni sovietiche circa la legalità socialista e il primato del diritto legale, il diritto di creazione giurisprudenziale ha invece giuocato un ruolo importantissimo — nella forma di sentenze della Corte Suprema (*panli*) e soprattutto di « decisioni di interpretazione » o « chiarimenti interpretativi » (*jieshili*) del presidente della stessa Corte (fino al 1928) o del presidente dell'Ufficio giudiziario (a partire dal 1929) — nella formazione del diritto cinese moderno, alla costante ricerca di un ragionevole e pragmatico compromesso fra riforme largamente ispirate all'Occidente e valori cinesi tradizionali, fra legge e rito, fra legismo e confucianesimo.

Secondo l'art. 3 della legge 17 novembre 1928 il presidente dell'Ufficio giudiziario, « sentito il parere del presidente della Corte Suprema e dei presidenti delle sezioni competenti della stessa, esercita il diritto di unificare l'interpretazione delle disposizioni legislative e regolamentari e di modificare la giurisprudenza ». Un regolamento successivo nella stessa materia (reg. 4 gennaio 1929, art. 3) precisa che « i servizi pubblici, i pubblici funzionari e gli enti morali pubblici legalmente riconosciuti possono richiedere all'Ufficio giudiziario del Governo interpretazioni relative ai testi legislativi o regolamentari che sono chiamati ad applicare. Le richieste di interpretazione sono limitate alle questioni astratte. Esse non possono riferirsi a fatti concreti ».

Se la legislazione nazionalista fornisce la formulazione più precisa del *jieshili*, non si deve dimenticare che la sua funzione viene talvolta fatta risalire addirittura al II secolo avanti Cristo e alla teoria filosofica del « governo mediante la storia ».

Quanto al valore di fonte dei giudicati di vertice (*panli*) — che nel nuovo corso cinese potrebbe riaprire un dibattito chiuso nell'epoca maoista — si tenga presente che per secoli le decisioni giudiziarie più importanti sono confluite nelle codificazioni dinastiche sotto forma di disposizioni integrative o supplementari (*li*), in occasione delle loro revisioni quinquennali, e che, a partire dalla sua istituzione nel 1905, si stabilì che le sentenze rese dal *dali yuan* in materia penale e civile venissero pubblicate nella Gazzetta ufficiale.

suale (*susongfa*), codice per l'organizzazione giudiziaria (*fayuan zuzhi fa*). Sono i cosiddetti « Sei codici » (*liu fa*), che, con le altre leggi speciali, formano il « Libro dei sei codici » (*liu fa quanshu*), la summa delle leggi scritte del Governo del GMD (?).

È necessario tenere presente che una buona parte delle leggi scritte, anche dal punto di vista della forma, non venne promulgata né formulata dagli organi legislativi secondo procedure previste per la legislazione. Alcune di esse, infatti, furono emanate dall'apparato amministrativo, alcune dall'apparato militare, altre vennero aggiunte dal Comitato Centrale (CC) dal GMD o dalle sezioni locali.

Né si debbono dimenticare gli « ordini diretti » (*shou ling*) di Chiang Kai-shek, un altro tipo di « norma » dotata, ovviamente, della massima efficacia.

È risaputo, per esempio, che alla fine del 1940 Chiang comunicò telegraficamente al governatore del Jiangxi l'ordine di « fucilare seduta stante tutte le persone sospettate di appartenere al PCC ».

Un documento della V sessione plenaria del V Comitato Centrale, emanato nel gennaio 1939, asserisce che: « in caso di procedimenti straordinari, per qualsiasi problema riguardante l'esercito, il Partito, il Governo, il Presidente del Consiglio di Difesa Nazionale deve agire secondo gli ordini ricevuti », conferendosi così pubblicamente supremo valore agli ordini impartiti da Chiang.

I precedenti giurisdizionali e i chiarimenti interpretativi degli organi giudiziari più elevati (Ufficio giudiziario, Corte suprema, Ministero della giustizia) sono l'integrazione più importante del diritto scritto o legale. In sostanza gli organi del GMD hanno ereditato i precedenti giurisprudenziali e i chiarimenti interpretativi della Corte Suprema del Governo Beiyang, integrandoli peraltro nell'applicazione pratica; in questo modo essi hanno colmato le lacune del diritto scritto e hanno reso il sistema giuridico più elastico.

Il sistema giuridico del GMD trae origine dalle leggi della Cina semi-feudale, da quelle del capitalismo straniero e da una politica di chiaro stampo dittatoriale e fascista.

Benché questo Governo si ponga come alternativa al potere Beiyang, non si registrano mutamenti di rilievo dal punto di vista della struttura economica e sociale, e ciò dimostra come le linee direttive dell'azione governativa e della legislazione siano in sostanza le stesse.

---

(?) Seguendo una tradizione consolidata presso gli studiosi occidentali di diritto cinese, in questo caso traduciamo (impropriamente) *fa* come codice, e non come legge. Il cinese, pur disponendo infatti del termine *fadian*, normalmente non lo utilizza ed applica a tutte le grandi leggi il termine *fa*. Alla luce di questa precisazione, sarebbe più esatto rendere *liu fa quanshu* come « codice delle sei leggi » invece che come « legge dei sei codici ». Occorre anche mettere in guardia il lettore che il « codice » commerciale, diversamente da quello civile, non consiste in un unico testo ma si riferisce a numerose leggi di natura commerciale, adottate, in tempi successivi, dopo la vittoria della tesi monistica.

### 1.2. *Le tre fasi della legislazione.*

L'attività legislativa del Governo del GMD inizia poco tempo dopo la conquista del potere a Nanchino. Nell'ottobre 1928 viene definito il sistema legislativo, il cui organo fondamentale è l'Ufficio legislativo (*Lifa yuan*). In questo periodo vengono adottati in successione il codice civile, il codice penale, il codice commerciale, quello processuale e quello sull'organizzazione giudiziaria, oltre a parecchie leggi speciali.

Gran parte dell'attività legislativa riguarda la formulazione di leggi speciali per coordinare la lotta contro le attività rivoluzionarie e contro il PCC e le campagne di « accerchiamento ed annientamento »<sup>(8)</sup>. Tra queste ricordiamo: le « Norme provvisorie per la punizione dei banditi » del 18 novembre 1927, la « Legge sulle punizioni dei rivoluzionari » del 9 marzo 1928, la « Legge sulle pene speciali contro i nemici dello Stato » del 25 luglio 1935, le « Regole per la punizione dei banditi » del 31 agosto 1936.

La guerra contro il Giappone è un problema che il Governo del GMD si trova a dover affrontare anche per fronteggiare le forti pressioni determinate dal malcontento generale e dall'intervento americano e inglese. La seconda fase della storia della legislazione del GMD è caratterizzata, di conseguenza, da interventi rivolti in direzioni diverse: da una parte si tenta di colpire il Giappone, dall'altra continua la lotta contro il PCC.

Con questo spirito si promulga, con grande mobilitazione pubblicitaria, un decreto (« Democrazia ») sulle pene da infliggere ai collaborazionisti e sulla protezione garantita a chi partecipa alla lotta armata per la liberazione del Paese; contemporaneamente continua la redazione segreta di decreti avversi al PCC, miranti allo scopo di disperderne le forze e limitarne l'azione.

Dal punto di vista quantitativo, tuttavia, diminuiscono i decreti rivolti espressamente contro il PCC mentre aumentano quelli finalizzati alla lotta contro gli invasori giapponesi.

Sono di questo periodo: la « Legge per la mobilitazione generale » del 29 marzo 1942, le « Norme sulla punizione dei collaborazionisti » del 14 agosto 1938, le « Norme concernenti la trattazione del problema del PCC » del 1939 e, sempre del 1939, le « Norme per prevenire le azioni estranee alla linea del Partito ».

Una volta terminata con successo la lotta contro i giapponesi e risolte le contraddizioni nel campo della politica estera, l'attenzione viene nuovamente focalizzata sul problema interno fondamentale, quello della contrapposizione fra il PCC, rappresentante delle masse popolari, ed il GMD, paladino di compradores e capitalisti burocratici.

---

(8) Le campagne di accerchiamento ed annientamento (*weijiao*) sono gli attacchi sferrati dalle truppe del GMD alle basi rivoluzionarie, controllate dal PCC.

Mentre il PCC chiede la fine della dittatura e la formazione di un governo di alleanza democratica, il GMD persiste nell'appoggiare capitalisti e compradores.

Questa situazione si riflette sulla struttura legislativa, dando vita ad un copione « costituzionalista » che implica la convocazione della cosiddetta Assemblea Nazionale e la promulgazione della Costituzione, a cui fa da contrasto la promulgazione di una serie di leggi speciali volta a colpire i movimenti rivoluzionari.

Nell'ottobre 1946 viene promulgata la « Legge sul servizio militare », nel luglio 1946 i « Decreti per sopprimere le mobilitazioni disordinate », nel maggio 1948 la « Legge sul coprifuoco », nel maggio 1947 le « Misure per mantenere l'ordine sociale », in dicembre una nuova « Legge speciale sulla punizione dei nemici dello Stato » e, nell'aprile 1948, le « Norme relative alla costituzione di tribunali penali speciali ».

Non mancano provvedimenti normativi legati all'esigenza di assicurare il saldo primato economico delle quattro grandi famiglie. Tra questi conviene menzionare le « Misure economiche straordinarie » del febbraio 1947 e i « Decreti per la modificazione del sistema monetario », dell'agosto 1948.

### 1.3. *Caratteristiche della legislazione.*

Dall'analisi delle attività legislative di questo periodo risulta molto chiaramente che il GMD esercita una funzione legislativa. Se infatti l'Assemblea Nazionale è l'organo di massimo potere del Governo, il Comitato Esecutivo del CC è l'organo di massimo potere all'interno dell'Assemblea Nazionale. Per quel che riguarda le leggi fondamentali, tutte vengono preparate direttamente dalla Commissione Politica del CC ed è l'esecutivo a decretarne la promulgazione.

Sebbene in seguito sia stata formalizzata la costituzione di un apparato legislativo basato sul sistema dei cinque Uffici (*Wu yuan*) <sup>(9)</sup>, non si registrano sostanziali mutamenti di metodo.

I « Principi guida del procedimento legislativo », applicati dal Governo nazionalista a partire dal giugno 1932, in base ad una decisione del Comitato Permanente del GMD, vietano infatti che, nella fase di elaborazione di una legge, i decreti presentati dalla Commissione Politica siano modificati dall'Ufficio legislativo <sup>(10)</sup>; invece i progetti di

---

<sup>(9)</sup> Come si vedrà oltre nel testo, i cinque Uffici si dividono in: Ufficio esecutivo o amministrativo (*xingzheng yuan*), Ufficio legislativo (*lifa yuan*), Ufficio giudiziario (*sifa yuan*), Ufficio degli esami (*kaoshi yuan*), e Ufficio di controllo (*jianche yuan*).

<sup>(10)</sup> In tutti i casi di atti legislativi di una certa importanza, gli organi esecutivi centrali del partito deliberano sui principi fondamentali (*yuanze*) della legge

legge dell'Ufficio legislativo, a richiesta della Commissione Politica, debbono essere sottoposti a riesame. In questo modo la Commissione Politica del GMD si arroga nella sostanza il potere di approvare gli atti legislativi.

Si aggiunga che le leggi ritenute di importanza particolare non passano attraverso l'Ufficio legislativo ma vengono preparate direttamente dal CC del GMD e promulgate dal Governo. Così è accaduto per esempio nel caso dell'organigramma del supremo Comitato di Difesa Nazionale, che definisce la struttura dell'apparato di comando durante la guerra contro il Giappone: una legge di tale importanza non avrebbe potuto essere fatta e promulgata se non dagli organi direttivi del CC del GMD.

L'entrata in vigore della Costituzione, nel 1947, non apporterà alcun mutamento a questo sistema.

Un'altra delle caratteristiche salienti della legislazione di questo periodo è il numero elevato di leggi speciali. Nei 22 anni di governo del GMD le leggi speciali superano di gran lunga quelle ordinarie. In particolare si è registrato un gran fiorire di decreti speciali in campo penale.

Infine la legislazione mostra di essere disordinata e spesso contraddittoria: ci sono contraddizioni tra una legge e l'altra, tra una disposizione e l'altra, tra i precedenti giurisdizionali e i chiarimenti interpretativi, fra di loro e rispetto alla legge cui si riferiscono.

## 2. *La Costituzione del Governo del GMD.*

### 2.1. *Preparazione della Costituzione.*

Dopo la caduta dei Qing si registrarono vari tentativi di redazione di Costituzioni ad opera dei gruppi che si succedettero alla guida del Governo. Il GMD raccolse l'eredità di questi tentativi e ne mantenne alcune caratteristiche.

Per legittimare l'assunzione del potere e la formazione del Governo di Nanchino, la Commissione Permanente del CC del GMD promulga, nell'ottobre 1928, i « Principi guida per la tutela politica » e pubblica con vigore la necessità per il popolo di praticare la « tutela politica » <sup>(1)</sup>.

---

di cui si tratta e li inviano all'Ufficio legislativo, che deve incorporarli senza modificazioni nei suoi progetti di legge.

Questi principi — che sono stati adattati, in particolare, per tutti i sei « codici » di cui si parla nel testo — sono pubblicati nella gazzetta ufficiale dello *yuan* legislativo.

<sup>(1)</sup> Anche la dottrina nazionalista, come quella marxleninista, ama le periodizzazioni. Essa divide in tre tappe la transizione dal regime imperiale al sistema democratico: la fase delle operazioni militari (conclusa nel 1928 con la conquista

I «Principi guida» dividono i poteri dello Stato in due tipi: politico ed amministrativo.

In attesa di formare l'Assemblea Nazionale, è l'Assemblea Nazionale del GMD ad esercitare i poteri di elezione e di revoca, di iniziativa e di referendum. Quando l'Assemblea del GMD non è in sezione, il compito spetta alla Commissione Permanente del CC.

Per quel che riguarda la funzione amministrativa, intesa come complesso di amministrazione in senso stretto, legislazione, amministrazione della giustizia, sistema degli esami e controllo, essa viene esercitata dal Governo sotto la guida dell'Ufficio Politico della Commissione Permanente del CC del GMD. La revisione e l'interpretazione dei decreti riguardanti l'organizzazione dell'apparato governativo spettano all'Ufficio Politico della Commissione Permanente.

È chiaro che i «Principi guida» conferiscono al GMD il potere supremo nell'esercizio della tutela politica: l'Assemblea Nazionale del GMD diventa l'organo più importante dell'intero Paese e l'Ufficio Politico del CC arriva addirittura a sostituire il Governo. Proprio per concretizzare una simile ipotesi di Governo, sulla base dei «Principi guida» viene elaborata una legge «sull'organizzazione del Governo nazionale».

Dopo l'entrata in vigore dei «Principi guida» Chiang si autoproclama autorità legalmente costituita, scatenando violente reazioni tra le masse guidate dal PCC e gli intellettuali di tradizione liberale.

Alcuni signori della guerra che non sono riusciti a partecipare a questa spartizione di potere denunciano l'abuso di Chiang e del Governo di Nanchino che, presentandosi come Governo di tutela politica, favorisce in realtà una dittatura personale. Riunitisi a Pechino in una conferenza allargata della Commissione Permanente del CC del GMD, il 1° settembre 1930, essi approvano a loro volta dei «Principi fondamentali per la costituzione del Governo nazionale». Dopo aver formato un nuovo Governo in contrapposizione a quello di Nanchino, il 27 ottobre gli stessi signori della guerra formulano un «Progetto di Costituzione della conferenza allargata di Taiyuan». Come contropartita, in novembre, Chiang propone la convocazione dell'Assemblea

---

di Pechino); la fase della tutela politica (fissata inizialmente in sei anni) e la fase costituzionale (a partire dall'entrata in vigore della Costituzione definitiva).

La concezione nazionalista distingue altresì i diritti (*quan*) del popolo dai poteri (*neng*) del Governo. Il Governo esercita i suoi cinque poteri (v. *supra* nt. 9) sotto il controllo del popolo, che si manifesta nell'esercizio di quattro diritti: di suffragio, di revoca, di iniziativa e di referendum. Ma questo «governo attraverso il popolo» potrà aver luogo nella fase costituzionale. Prima, durante il periodo della tutela politica, occorre che il popolo venga formato ed educato in modo da prendere coscienza della propria sovranità e da addestrarsi all'esercizio dei quattro diritti. In questa fase è necessaria dunque una guida, che, sino alla fase costituzionale, eserciti i quattro diritti in nome e per conto del popolo: il Partito nazionalista.

Nazionale con lo scopo di « definire una Costituzione provvisoria utilizzabile durante il periodo di tutela politica, in attesa dell'entrata in vigore della Costituzione vera e propria ».

Nel marzo 1931 viene istituita una commissione per la preparazione di tale Costituzione provvisoria. Il progetto viene presentato il 5 maggio all'Assemblea Nazionale che lo approva, e il 1° giugno il governo ne autorizza la promulgazione.

La « Costituzione provvisoria » è formata da 8 capitoli ed 89 articoli.

Il I capitolo (« Principi generali ») afferma che la « sovranità appartiene all'intera nazione », intesa come « repubblica unita »: in realtà l'intero testo non è altro che una legittimazione dell'autorità personale di Chiang.

Il II capitolo è dedicato ai « Diritti e doveri dei cittadini ». Ad eccezione della libertà di culto, la proclamazione di tutti gli altri diritti subisce (art. 22) una limitazione automatica, se non è addirittura privata di ogni valore dal rinvio, per la determinazione del loro contenuto concreto, « a quanto stabilito dalla legge », spettando ogni decisione in merito alla legislazione ed all'interpretazione autentica della stessa al GMD ed al suo Governo.

Una formulazione di questo tipo è ben lontana dalle affermazioni di Sun Yat-sen, che nel « Proclama Beishang » aveva dichiarato la ferma intenzione di garantire ogni diritto di libertà richiesto dal popolo.

Nel caso dei doveri, a parte l'obbligo del popolo di « ubbidire all'autorità degli organi di governo », per quel che riguarda i tributi, gli obblighi di leva, le corvées, è chiaro che è il Governo a decidere di tutto discrezionalmente.

Il IV capitolo (« Mezzi di sussistenza della Nazione ») assegna al Governo l'organizzazione e il controllo degli enti finanziari, delle imprese industriali, delle miniere e dei trasporti, garantendo con ciò alle quattro famiglie il controllo dell'economia nazionale.

Il VII capitolo definisce l'organigramma governativo: permane la suddivisione in cinque Uffici e si precisa che il capo del Governo ed i membri dei vari comitati vengono scelti dalla Commissione Permanente del CC del GMD. Questa impostazione ricalca quella della « Legge sull'organizzazione del Governo » del 1928, con l'unica differenza che il capo del Governo adesso non può più rivestire la carica di comandante in capo delle forze armate, benché esso continui a scegliere i responsabili di ogni commissione e dipartimento. Il Governo del GMD continua così a detenere tutto il potere.

Il divieto di rivestire la carica di capo delle forze armate è esso stesso il risultato di una lotta interna al GMD mirante a limitare i poteri di Chiang, ma proprio tale divieto crea le condizioni perché Chiang possa trovarsi, qualora lo desidera, un fantoccio che lo sostituisca a capo del Governo, come infatti avviene con l'elezione di Lin Sen.

In seguito, in nome della rivoluzione politica, vengono apportati nuovi cambiamenti alla « Legge sull'organizzazione del Governo nazionale ». Il capo dello Stato ha ormai solo poteri di rappresentanza, senza nessuna responsabilità politica, mentre anche i vice-direttori dei cinque Uffici che si dividono le responsabilità governative devono essere eletti dalla Commissione Permanente del CC. Appare evidente, ancora una volta, che la dimensione dei poteri del capo dello Stato è strettamente legata al rafforzamento del potere personale di Chiang.

L'immobilità del Governo davanti alla cruenta occupazione giapponese e il ruolo di guida assunto dal PCC nell'organizzazione della resistenza, producono varie scissioni all'interno del GMD. Tra i dissidenti c'è chi proclama la necessità di concludere rapidamente il periodo di tutela politica e di redigere una Costituzione.

Nel dicembre 1932, l'Assemblea Generale del GMD decide che la Costituzione venga discussa nel 1935 e si incarica l'Ufficio legislativo di prepararne un progetto.

Dopo una serie di bocciature e successive modifiche il « Progetto di Costituzione della Repubblica Cinese » viene reso pubblico il 5 maggio 1936 (per questo motivo essa è chiamata sinteticamente Progetto del 5-5). Apparentemente basato sulla « Costituzione dei cinque poteri di Sun Yat-sen, in realtà anche questo progetto è un'ulteriore legittimazione dell'accentramento di potere nelle mani di Chiang. È sintomatico, per quanto riguarda per esempio il Governo centrale, che mentre prima il potere veniva suddiviso pariteticamente tra Presidente, Ufficio amministrativo, Ufficio legislativo, Ufficio giudiziario, Ufficio degli esami e Ufficio di controllo, adesso si preferisca una suddivisione di compiti tra il Presidente e i cinque Uffici (*wu yuan*) in cui il Presidente non solo ha più autorità degli organi preposti a questi Uffici, ma ha anche il diritto di prendere decisioni senza sottoporle all'approvazione del Governo.

La vittoria contro il Giappone apre una nuova fase nella storia della Cina, carica di grossi cambiamenti nei rapporti sociali e nei conflitti di classe. Si impone, a questo punto, la necessità di dare nuove caratteristiche all'organizzazione statale, che riflettano da presso l'evoluzione in corso.

« La situazione generale dimostra che la fase della lotta contro il Giappone è terminata — scrive Mao — la nuova realtà ed i nuovi compiti riguardano la lotta interna. Chiang afferma di voler costruire lo Stato e la lotta si focalizza proprio sul tipo di Stato da costruire (...) » (12).

Il 25 agosto 1945, il PCC pubblica il « Proclama sulla situazione presente », che manifesta il desiderio di un'unione con il GMD e gli altri partiti democratici in vista dell'attuazione del tridemismo (13)

(12) « Opere scelte di Mao Zedong » (*Mao Zedong xuanji*», vol. 4, p. 1130.

(13) Il tridemismo (*sanminzhuyi*) di Sun Yat-sen è la summa dei principi (i

di Sun Yat-sen. Il 28 agosto Mao e Zhou Enlai iniziano le trattative con il GMD a Chongqing. Il 10 gennaio 1946 a Chongqing si apre la Conferenza Politica Consultiva che, a causa delle pressioni da più parti esercitate, esamina subito il problema della formazione del Governo e della Costituzione.

Per quel che riguarda la Costituzione, si decide di adottare i principi dell'Assemblea Nazionale, della Grande Segreteria <sup>(14)</sup>, della Autonomia delle province, allontanandosi dall'impostazione del Progetto del 1936, a garanzia assoluta della libertà nazionale.

Ma il programma di rappacificazione che il GMD ha fatto suo è destinato ad avere vita breve, e il 15 novembre 1946, durante una sessione dell'Assemblea Nazionale indetta illegalmente, a cui i rappresentanti del PCC e del Partito Democratico hanno rifiutato di partecipare, viene approvata la «Costituzione della Repubblica Cinese» (*Zhonghua minguo xianfa*), fortemente modificata dagli interventi di Chiang.

## 2.2. *Caratteristiche della «Costituzione della Repubblica Cinese».*

Discendente ideale del «Progetto del 5-5» e della «Costituzione provvisoria» del periodo di tutela politica, la nuova Costituzione è suddivisa in 14 capitoli e 175 articoli.

Apparentemente essa si fonda sul principio della «Repubblica democratica» in cui il popolo governa e partecipa alla suddivisione del potere. In realtà al Presidente viene riconosciuto il diritto di proclamare la legge marziale e di emanare norme di emergenza.

Nel caso di epidemie, calamità naturali, gravi incidenti di natura economica e finanziaria, il Presidente, se l'apparato legislativo non è in sessione, ha diritto di promulgare decreti di emergenza, approvati dall'Ufficio amministrativo, previo parere favorevole dell'Ufficio legislativo. Ma questa regola viene modificata un anno dopo l'entrata in vigore della Costituzione da una nuova disposizione che dà sostanzialmente mano libera al Presidente.

Vengono ridotti anche i poteri dell'Assemblea Nazionale. Secondo quanto previsto dalla Costituzione, l'Assemblea Nazionale rappresenta il popolo e possiede i diritti di suffragio, di revoca, di iniziativa e di referendum <sup>(15)</sup>; ben presto, però, le due ultime facoltà le sono sottratte, mentre anche le prime due si avviano a diventare vuote parole.

---

tre principi del popolo), su cui si fonda la sua ideologia repubblicana: nazionalismo, democrazia, giustizia sociale.

<sup>(14)</sup> Si tratta di un organismo che funge da coordinatore dei cinque Yuan, già attivo nell'ultimo periodo Qing.

<sup>(15)</sup> Cfr. *supra* nt. 11.

Anche l'attività dell'Ufficio legislativo che, secondo la Costituzione dovrebbe impersonare il diritto del popolo di legiferare, di decidere in via legislativa in materia di bilancio, legge marziale, amnistie, dichiarazioni di guerra e conclusione di trattati, in realtà ha scarso valore, dal momento che il Presidente ha diritto, in caso di disaccordo, di chiedere l'annullamento di qualsiasi norma adottata in precedenza, mentre l'Ufficio legislativo può resistere a tale richiesta soltanto con la maggioranza dei 2/3 dei propri componenti. Limitazioni del genere valgono anche per le decisioni prese in altre sfere di Governo.

Mediante la voce « Garanzia dei diritti civili » si vuole assicurare il diritto ad ogni tipo di libertà civile: uguaglianza uomo-donna, libertà di culto, classe, partito, diritto alla salute, alla casa, all'istruzione, al lavoro, alla proprietà, diritto di voto, di organizzare riunioni, di libera stampa; si sanciscono anche i provvedimenti giuridici adottabili contro chiunque pregiudichi la libertà ed i diritti del popolo.

Ma questa formulazione dimostra ancora una volta l'ipocrisia delle promesse di democrazia e libertà fatte dalla Costituzione. Poco dopo la pubblicazione della Costituzione, infatti, con il pretesto di « salvaguardare l'ordine pubblico » e di prevenire « il crearsi di situazioni d'emergenza », vengono redatte quattro leggi fortemente reazionarie che mettono in pericolo il basilare diritto alla sopravvivenza del popolo cinese. Ed è proprio durante la discussione degli articoli riguardanti i diritti civili che, il 12 luglio, a Guangzhou, vengono arrestate tremila persone.

Questo tipo di Costituzione, inoltre mira al mantenimento del sistema economico esistente, basato sullo sfruttamento della maggior parte della popolazione da parte di un piccolo gruppo di proprietari terrieri.

Per distogliere l'opinione pubblica dall'attrazione dei modelli adottati nelle basi rivoluzionarie e nelle zone liberate, si prende in esame la richiesta dei contadini di una distribuzione più equa della terra, con l'unico effetto di rafforzare ulteriormente il sistema feudale. La « Legge sui terreni » (*tudifa*) del 1946 formalizza lo sfruttamento di tipo feudale stabilendo che « nel caso in cui i debiti per l'affitto di un terreno raggiungano una somma pari all'ammontare dell'affitto di due anni, il proprietario ha il diritto di risolvere immediatamente il contratto d'affitto ».

Alle quattro famiglie è assicurato il diritto di proprietà delle maggiori ricchezze e risorse del Paese. Sebbene « tutte le risorse naturali utilizzabili economicamente siano di proprietà del popolo », in realtà avviene che i mezzi produttivi cinesi si trasformano in proprietà privata delle quattro famiglie, così assicurando l'aumento delle loro ricchezze e costituendo una situazione economica volta alla salvaguardia del loro sviluppo.

La Costituzione stabilisce che « tutte le imprese di utilità pubblica e quelle a carattere monopolistico vengano gestite per mano pubblica », aumentando così la possibilità d'intervento dello Stato e rafforzando le vie di sviluppo scelte come privilegiate.

### 3. *Il codice penale.*

#### 3.1. *Redazione del codice penale e delle leggi penali speciali.*

Il 10 marzo 1928 viene promulgato il « Codice penale della Repubblica Cinese » (*Zhonghua minguo Xingfa*), suddiviso in 48 capitoli e 387 articoli e basato sulla « Nuova legge penale provvisoria del Governo Beiyang » nonché su alcuni principi dei codici tedesco e giapponese.

La necessità di controllare e sopprimere le attività rivoluzionarie induce il governo a modificare il codice penale, al punto che il 1° gennaio 1935 si avverte l'esigenza di promulgare un nuovo codice. Rispetto a quello precedente, il nuovo codice ha tratto dalle leggi penali speciali gli aspetti maggiormente repressivi dei comportamenti anti-governativi, erigendoli a norme fondamentali. Inoltre, intriso di spirito idealista, esso giudica la gravità di ogni crimine non sulla scorta di un'analisi della situazione oggettiva, ma in base alle caratteristiche soggettive della persona che si è resa colpevole. Di conseguenza è possibile che incorra in un processo penale non solo l'autore di un atto criminale, ma anche chi genericamente costituisce « un grave pericolo per la società » (con pene inasprite — nei casi di cui si dirà — per chi venga accusato di concorso).

Si sente anche l'influenza del fascismo italiano e tedesco, a cui è attinto senza modifiche il principio delle « misure di sicurezza ». Oltre a questo codice vengono del resto promulgate numerose leggi speciali che costituiscono il nucleo fondamentale della legislazione penale.

#### 3.2. *Caratteristiche del codice penale.*

Si tratta di norme molto severe che servono a garantire il mantenimento dello *status quo*. Secondo il nuovo codice penale tutti coloro che intenzionalmente danneggiano l'organizzazione dello Stato, usurpano il suolo statale, apportano modifiche alla Costituzione servendosi di mezzi illegali o sovvertono il Governo, sono rei di « sommossa civile »; in questo modo tutti i tentativi di opposizione al Governo vengono considerati reati gravissimi, punibili con detenzioni prolungate nei casi meno gravi, con la morte negli altri. Ogni associazione o partecipazione a gruppi organizzati che lottano per la democrazia, ogni forma di dissenso espresso con parole o rappresentazioni, l'istigazione alla disobbedienza civile, sono considerati « reati contro l'ordine pubblico » e vengono severamente puniti.

È considerata e perseguita come « furto », « l'appropriazione illegale di beni mobili altrui » ed è perseguito come « bandito » chi « con la forza, l'ipnosi, l'uso di droghe o altri mezzi costringe altri a consegnare i propri beni ». In questo modo si assicura la massima tutela della proprietà privata.

Si garantisce anche la protezione degli stranieri che operano in Cina grazie ad alcuni decreti che perseguono chi commette « azioni guerrafondaie ».

Inoltre le leggi speciali penalizzano in varie rubriche l'attività rivoluzionaria del PCC.

a) Sono atti « controrivoluzionari » in primo luogo, « tutti i tentativi di sovvertire intenzionalmente il Governo e gli atti di opposizione al tridemismo ». Il chiarimento interpretativo n. 16 dell'Ufficio giudiziario dell'anno 17, spiega che i crimini del PCC rientrano in questa categoria e il successivo chiarimento n. 21 prescrive che i membri del PCC siano perseguiti ai sensi di queste norme.

b) Costituisce « danneggiamento della Nazione » l'azione di coloro che « con lo scopo di danneggiare la Nazione minacciano la sicurezza politica, mantengono contatti con Paesi stranieri o collaborano con 'traditori'; mediante scritti, disegni e rappresentazioni istigano al tradimento, acquistano e fanno pervenire ai 'traditori' armi, svelano segreti militari o politici, danneggiano i trasporti, formano gruppi o leghe che propagandano principi diversi dal tridemismo ».

c) Nella fattispecie del « danneggiamento dello Stato » ricadono due tipi di reato: il primo è ciò che il codice definisce reato contro « l'ordine interno »; il secondo è configurato dalla condotta di colui che fornisca soldati ai comunisti o passi dalla loro parte, trasferisca nelle zone liberate armi, macchine, munizioni, equipaggiamenti per telecomunicazioni o propagandi la causa del PCC.

Il tentativo e la cospirazione non sono considerati penalmente perseguibili dal codice ma questo principio non vale nei casi di « reati contro la sicurezza interna », contro la « sicurezza esterna » e di « danneggiamento delle relazioni internazionali ». Questo equivale a dire che, anche qualora manchi una attività penalmente rilevante, è sufficiente essere in disaccordo con il pensiero politico del GMD per essere perseguiti come cospiratori. Si tratta del noto principio di « perseguibilità dei reati d'opinione » adottato in Germania e in Giappone. Le pene previste dal codice sono molto severe e viene praticata una distinzione tra pene principali e pene accessorie. Sono pene principali: la morte, l'ergastolo, la reclusione a tempo limitato, i lavori forzati, le multe. Sono pene accessorie, la privazione dei diritti civili e la confisca dei beni.

I reati contro l'ordine pubblico e quelli di sommossa interna vengono puniti con la morte, l'ergastolo o detenzioni lunghissime. Il codice penale del GMD è strettamente legato al principio di difesa sociale

tipico di Paesi come l'Austria e la Germania degli anni '30 (il momento della crisi mondiale dell'economia capitalista).

La punta più acuminata delle « misure di sicurezza » è rivolta naturalmente contro i rivoluzionari. In nome della « sicurezza » e della necessità di « dare esempi » tutti, colpevoli o meno, possono essere improvvisamente arrestati e processati.

Tutti coloro che vengono considerati colpevoli di « reati d'opinione », in nome della « sicurezza sociale » si ritrovano in un campo di lavoro senza alcuna garanzia processuale. I rivoluzionari, nonostante il decorso dei termini di reclusione, possono essere tratti in prigione come ergastolani di fatto.

Nel dicembre 1929, il Governo pubblica le « Norme per i tribunali di autocoscienza » dove si stabilisce che « tutti coloro che, colpevoli di aver danneggiato lo Stato, se, dopo aver scontato la pena, persistono nei loro crimini (continuando ad abbracciare la causa rivoluzionaria), devono sottostare al giudizio dei tribunali di autocoscienza, inoltre possono essere giudicati direttamente dalla Commissione Permanente del CC del GMD ».

Tribunali di autocoscienza vengono aperti a Nanchino e in ogni capoluogo di provincia. Sulla base del materiale istruttorio predisposto dal GMD, vi si svolge un'opera di « correzione » in virtù della quale numerosi rivoluzionari vengono torturati fino alla morte o uccisi segretamente.

Il Governo del GMD si regge su di un sistema d'autorità feudale e di clan, è quindi necessario che il codice protegga la preminenza politica di questo tipo di autorità, rafforzando, per esempio, la discriminazione tra i sessi ed opprimendo le donne con una legge sul matrimonio di stampo feudale. Se è vero che il codice civile ostanta dichiarazioni di uguaglianza, recitando che « chi da sposato contrae un secondo matrimonio, o chi si sposa contemporaneamente con due o più persone, è punito con una reclusione non inferiore a cinque anni », non si deve dimenticare che nel 1939 la Corte Suprema, mediante la decisione n° 122, stabilirà anche che « il doppio matrimonio può essere considerato tale solo se formalizzato, mentre l'unione motivata da affari e che non assuma la forma di matrimonio non può essere considerata doppio matrimonio e quindi non costituisce reato ».

Nel 1935 la stessa corte preciserà, ribadendo la tesi della formalizzazione, che la semplice convivenza non basta a porre in essere la figura penalmente rilevante del doppio matrimonio.

In tal modo viene offerto a *compradores* e capitalisti burocratici la copertura legale per contrarre più matrimoni.

Inoltre vengono punite duramente le azioni volte a turbare la stabilità del clan. Il codice stabilisce infatti che tutti i reati di « falsa testimonianza, diffamazione, profanazione delle tombe e dei sacrifici rituali, offesa della libertà personale », se commessi da un membro

della famiglia, siano puniti con una pena pari ad una volta e mezza la pena prevista per il reato semplice.

#### 4. *Il codice civile-commerciale.*

##### 4.1. *Redazione del codice civile-commerciale.*

La redazione del codice civile-commerciale (*min-shang fa*) del Governo del GMD inizia nel 1928: a parte l'eredità <sup>(16)</sup> lasciata dai principi <sup>(17)</sup> in materia civilistica delle leggi dell'ultimo periodo Qing e del Governo militare Beiyang, si rinvencono in esso molte tracce dell'interventismo statale tipico del capitalismo occidentale.

---

<sup>(16)</sup> Il testo si riferisce innanzi tutto al « Progetto di codice civile della dinastia Qing » (*Daqing minlu caoan*), in cinque libri e 36 capitoli, pubblicato in due tempi nel 1911 (i Principi generali e le Obbligazioni) e nel 1916 (i Diritti reali, la Famiglia e le Successioni) a cura della commissione di codificazione, ma mai promulgato. Quel progetto era opera della Commissione di codificazione costituita nel 1907 nel quadro del programma di riforma e codificazione generale del diritto nazionale affidata a tre alti commissari (uno dei quali era il famoso giurista Shen Jiaben), con la partecipazione di un consigliere giapponese. Matsuoka Yoshitada, e la collaborazione di studiosi cinesi perfezionatisi in Giappone, Europa ed America. Il progetto Qing attingeva ampiamente al BGB e al codice civile giapponese del 1896 (il quale a sua volta si basava sul progetto del codice civile germanico del 1887-1889).

Dopo l'avvento della Repubblica una nuova commissione è al lavoro, di cui entrano a far parte, nel 1916, un diplomatico francese (M. G. Padoux, già consigliere del Governo siamense) e due giapponesi (Ikatura Matsutaro e Iwata Shin). Nel 1921 i due giapponesi vengono sostituiti da Jean Escarra, allora professore di diritto commerciale all'Università di Grenoble, destinato a divenire il massimo esperto di diritto cinese fino allo scoppio della seconda guerra mondiale.

Nel 1925 i primi due libri (sui Principi generali e le Obbligazioni) del nuovo progetto (che guardava ai medesimi modelli del precedente) vennero sottoposti al Ministero della Giustizia, ma gli eventi politici e militari ne impedirono la promulgazione.

È su questo sfondo che si insedia a Nanchino, nel 1928, presso il neonato Ufficio legislativo, la nuova commissione (cui appartiene ancora il Padoux, a cui si aggiungerà M. F. J. Schuhl nel 1930 e con cui collaborerà anche l'Escarra) che nel 1930-31 giungerà all'adozione del codice civile nazionalista.

Quanto al diritto commerciale, dopo un tentativo incompleto di codificazione del 1903 (impostato sulla categoria del commerciante) ripreso nel 1912 (data in cui è pronto un progetto generale di codice di commercio che darà vita, a partire dal 1912, ad una serie di leggi e regolamenti generali in materia commerciale), esso non produrrà mai un codice omonimo, a causa della scelta antidualistica del Governo nazionalista.

<sup>(17)</sup> Secondo quanto si è visto nella nota precedente, il progetto di codice civile tardo-imperiale del 1911 non entrò mai in vigore. Tuttavia lo stesso progetto esercitò una influenza determinante nella formazione del diritto cinese del XX secolo grazie alla giurisprudenza della Corte Suprema di Pechino, che negli anni 1912-1928 applicò officiosamente regole ricavate dal primo progetto cinese di codice civile sotto la denominazione di « principi generali » (come fonte postergata alla legge e alla consuetudine).

Attraverso l'intervento dello Stato e del legislatore, infatti, si adottano misure coercitive di natura extra-economica nei confronti del diritto di proprietà e della libertà contrattuale, in modo da aprire la via allo sviluppo della classe dei capitalisti burocratici e dei *compradores* a danno del popolo cinese e del capitalismo nazionale <sup>(18)</sup>, così accrescendo i profitti monopolistici delle quattro famiglie e degli imperialisti.

Il codice civile viene promulgato il 23 maggio 1929 e consiste inizialmente di 7 capitoli e 152 articoli [i soli «Principi generali»]. Più tardi, su proposta di Hu Hanmin e Lin Sen, la Commissione Politica del CC decide di unificare il codice civile e quello commerciale.

Per quel che riguarda gli articoli sull'appalto, l'agenzia, il trasporto, la spedizione, il deposito, la fidejussione e gli altri contratti generalmente riconducibili all'attività commerciale, essi vengono collocati nella parte del codice dedicata alle obbligazioni. Altri istituti commerciali che non riescono a trovare spazio nel codice unificato confluiscono in leggi separate.

Il criterio prescelto fa sì che vengano redatte per prime le parti relative alle obbligazioni (2 capitoli, 604 articoli) e ai diritti reali (10 capitoli, 221 articoli), che vengono promulgate nel novembre 1929; seguono, il 26 dicembre 1930, le parti sulle successioni *mortis causa* e sulla famiglia.

Per rendere omogenea la struttura del codice civile, tra il 1929 ed il 1946, vengono redatte o modificate numerose leggi speciali, in primo luogo quelle sulla navigazione marittima (*haishangfa*), sulle assicurazioni (*baoxianfa*), sulle società (*gongsifa*).

La stesura e le modifiche della legge più importante del diritto commerciale — la legge sulle società — rivelano abbastanza chiaramente le caratteristiche della *Wirtschaftsverfassung* del governo del GMD.

La prima «Legge societaria», in vigore dal 1° luglio 1931, è molto vicina alle «Norme sulle società» del Governo Beiyang ed è suddivisa in sei parti (per un totale di 232 articoli): disposizioni generali, società a responsabilità illimitata, società in accomandita semplice, società in accomandita per azioni, società anonime <sup>(19)</sup>, sanzioni penali. La «Legge societaria» viene modificata il 12 aprile 1946, in un momento in cui, dopo la vittoria contro il Giappone, le quattro famiglie stanno assumendo ancor più saldamente il controllo dell'economia e il capita-

<sup>(18)</sup> Al contrario del capitalismo burocratico, il capitalismo nazionale è la espressione di tutte le imprese economiche sorte senza la partecipazione delle autorità, dei *compradores* o degli stranieri.

<sup>(19)</sup> Le società commerciali (*gongsi*) sono contrapposte alla forma tradizionale cinese di società civile, la *hehuo*, una via di mezzo fra *partnership* ed associazione in partecipazione, regolata invece nel codice civile. Alle forme societarie del codice commerciale possono accedere anche le società miste cinesi-straniere. Si osservi, sotto il profilo lessicale, che la medesima denominazione di *gongsi* è stata mantenuta, nel regime popolare, per le *corporations* statali del commercio estero.

lismo burocratico è in pieno sviluppo; di conseguenza, si registra una restrizione dei diritti dei piccoli azionisti a fronte di maggiori garanzie per i grandi azionisti e del monopolio delle grandi imprese.

#### 4.2. *Caratteristiche del codice civile-commerciale.*

La protezione e la garanzia del diritto alla proprietà privata delle classi compradore e dei capitalisti burocratici sono una delle caratteristiche fondamentali di questo codice; ogni suo articolo è legato più o meno direttamente a questo scopo e la parte riguardante il diritto di proprietà ne è chiara dimostrazione.

« Il proprietario di una cosa, nei limiti fissati dalla legge o dai regolamenti, ha diritto di utilizzarla, di trarne benefici e di disporne liberamente, escludendo qualsiasi interferenza esterna » (art. 765). In questo modo i capitalisti e gli imperialisti, a prescindere dal modo in cui si siano procurati i mezzi di produzione e di consumo, possono considerare tali mezzi legalmente intoccabili. Se qualcuno li sottrae al loro dominio, essi possono chiederne la restituzione attraverso una procedura legale. La legge oltre a tutelare le proprietà attraverso azioni reali di carattere generale, mediante il diritto di « proprietà degli immobili » stabilisce che i terreni possano avere qualsiasi tipo di uso e che non è permessa alcuna interferenza. Quelle che a prima vista sembrano norme imparziali, in realtà trascurano la circostanza che l'economia cinese di questo periodo è caratterizzata in gran parte da rapporti di stampo semi-feudale: sono quindi sempre i proprietari terrieri e le grandi classi capitaliste a godere dei diritti di proprietà dei beni e dei capitali. Al proletariato non resta altro che vendere la propria forza-lavoro.

È chiaro che la salvaguardia del diritto di proprietà offerta dal codice non è altro che la salvaguardia della ricchezza privata dei capitalisti e dei proprietari terrieri, è la dimostrazione che essi possono « legalmente » sfruttare le masse lavoratrici.

L'affitto perpetuo (*yong tian*), una forma di sfruttamento che prevede la possibilità di prendere in affitto un terreno senza limiti di tempo per metterlo a coltura o condurvi un allevamento, è un'altra conferma di questo stato di cose.

Per quel che riguarda il diritto di affitto perpetuo, la legge prevede che « colui che possiede la terra oltre a ricevere il canone d'affitto, ha diritto agli utili derivati da migliorie al terreno, mentre l'affittuario a titolo perpetuo ha diritto agli utili derivanti dalle colture e dagli allevamenti a cui viene destinato il terreno ». In apparenza si vorrebbe agevolare sia i possidenti che i contadini, in realtà questa forma di affitto comporta largo impiego di fertilizzanti, costruzione di cisterne per l'acqua, migliorie fondiari; così, essendo più fertile il terreno dei ricchi possidenti, è possibile aumentare le pressioni sull'affitto e lo

sfruttamento dei contadini. L'articolo 846 del codice prevede che « nel caso in cui i debiti dell'affittuario siano pari al totale di due anni d'affitto, il proprietario del terreno può sciogliere il contratto ». I canoni d'affitto estremamente elevati, gli alti tassi d'interesse e le difficoltà di sostentamento per i contadini non sempre permettono di rispettare le scadenze, facilitando ai possidenti la revoca del contratto. Nel caso di contratti di affitto perpetuo, dunque, essi si appropriano « legalmente » dei vantaggi nati da alti costi e forti impieghi di forza lavoro sostenuti da altri.

Allo sfruttamento dovuto ai canoni d'affitto si aggiunge quello delle ipoteche (*tian*)<sup>(20)</sup>: le difficili condizioni in cui versano i contadini, causate da calamità naturali e fattori prodotti dagli uomini, impongono loro per sopravvivere di ipotecare i terreni, usando una parte corrispondente ad una o due rate del corrispettivo originale per pagare gli altissimi tassi d'interesse. Il codice garantisce la protezione dei diritti dei proprietari stabilendo che « se decorso il termine del *tian* la persona che ha costituito il *tian* non riscatta il bene trasferito al prezzo originario, entro due anni dalla scadenza di detto termine, il beneficiario del *tian* acquista la proprietà del bene ipotecato » (art. 923). Privilegiando la posizione del creditore, il codice civile si ispira alla « libertà di contratto » ma perpetua al contempo lo sfruttamento del lavoro agricolo attraverso elevati tassi d'interesse.

La parte del codice relativa alle obbligazioni assicura la connessione perfetta tra conclusione del contratto e « libertà » della parte; ma la stipulazione di qualsiasi contratto dipende anche dalla spontaneità dell'accordo raggiunto e soprattutto dalla posizione di uguaglianza (o, al contrario, di disuguaglianza) sociale delle parti stesse. Così in una società di sfruttatori e sfruttati i rapporti contrattuali sono in realtà rapporti di sfruttamento. Il codice non è altro che un tentativo di utilizzare rapporti oggettivi per mascherare rapporti di sfruttamento. I contratti codificati sono di diversi tipi, ma, tra questi, quelli riguardanti il reclutamento di forza-lavoro riflettono meglio degli altri il rapporto di sfruttamento: la forza-lavoro è infatti considerata come « merce » a cui corrisponde un valore in denaro.

Per mascherare questa mancanza di uguaglianza reale, il codice presenta anche una serie di norme che pretendono di limitare i diritti dei creditori; se una parte si avvantaggia dello stato di bisogno dell'altra in modo iniquo, il tribunale deve rescindere il contratto: in caso di mutui con interessi superiori al 20%, il creditore non ha diritto di esigere la parte eccedente il 20%. Ma queste norme non intendono mutare un sistema basato sulla protezione dei diritti dei creditori e

<sup>(20)</sup> *Tian* e *yong tian* che per certi versi ricordano rispettivamente l'anticresi e l'enfiteusi, sono esempi di istituti regolati da tempo immemorabile dalle consuetudini e che il codice nazionalista ha incorporato con alcune limitazioni.

sullo sfruttamento dei debitori attraverso tassi d'interesse molto alti. Lo stesso codice infatti stabilisce che il creditore può esigere il pagamento del debitore in vista dell'obbligo da questi assunto, e nel caso che il pagamento non venga effettuato in tutto o in parte, il creditore può chiedere al tribunale l'esecuzione forzata ed il risarcimento per i danni subiti; se il debitore tarda nel pagare, il creditore ha diritto di calcolare un interesse di mora pari al 5%. Se il ritardo nel pagamento è superiore ad un anno, il creditore può esigere l'interesse composto; così si consente ancora una volta l'applicazione di tassi d'interesse troppo alti e lo sfruttamento da parte delle classi privilegiate.

Un'altra delle caratteristiche del codice consiste nella garanzia che esso presta allo sviluppo dell'economia capitalista e monopolistica delle quattro famiglie.

Tra i provvedimenti maggiormente indicativi di questo orientamento è la « Legge societaria », mero *restatement* dei modelli associativi del monopolio capitalista europeo. Poiché una società può essere azionista di una società a responsabilità limitata, le quattro famiglie possono, mediante acquisti azionari, infiltrarsi in qualsiasi impresa e società. Benché tale partecipazione « non possa superare la metà del capitale della società », si deroga a questa regola per « gli investimenti in attività produttive e specializzate », in perfetta sintonia con le aspirazioni del capitalismo delle quattro famiglie.

Inoltre una società può diventare amministratore o sindaco di altre società, cosicché i capitalisti possono impadronirsi di altre società ed imprese non solo dal punto di vista economico ma anche sotto il profilo della direzione.

Il Governo del GMD redige anche una serie di norme che hanno lo scopo preciso di tutelare le società miste tra gli imperialisti e le quattro famiglie, le « società per azioni speciali ». Teoricamente queste imprese sono dirette dal Governo, in realtà esse appartengono alle quattro famiglie, e permettono agli stranieri di diventare azionisti e appropriarsi così con la forza dei fondi dei piccoli capitalisti cinesi.

Il Governo del GMD non è altro che uno strumento della politica imperialista, in particolar modo di quella americana.

Anche il codice civile, come qualsiasi altra legge, ha come obiettivo la protezione degli interessi imperialistici, tra cui quelli americani occupano il primo posto.

Le persone giuridiche straniere godono degli stessi diritti di quelle cinesi. Il codice stabilisce che, « entro i limiti fissati dalle leggi e dai regolamenti, le persone giuridiche straniere riconosciute, godono degli stessi diritti di quelle cinesi equivalenti ».

Una norma siffatta tradisce la dignità nazionale ed i diritti di sovranità, offre al capitalismo straniero una base legale affinché, attraverso il predominio economico e la superiorità tecnica, esso distrugga la fragile economia cinese e limiti lo sviluppo del capitalismo nazionale.

Anche la « Legge societaria » contiene un capitolo riguardante le « società straniere » (Cap. VII), in cui si afferma che le società straniere in Cina possono essere gestite liberamente, possono creare succursali ed hanno gli stessi diritti delle società cinesi del « medesimo tipo ». In realtà esse beneficiano anche di diritti speciali che permettono loro di non pagare imposte sul reddito né sul giro di affari, possono persino partecipare a società formate dal Governo o da persone giuridiche cinesi, diventandone addirittura amministratori o sindaci.

Una volta di più vengono poste le condizioni giuridiche per assoggettare al controllo e alla partecipazione straniera le linee strategiche dell'economia cinese.

Dopo l'entrata in vigore della nuova « Legge societaria », aumenta la penetrazione in Cina del monopolio capitalistico straniero, soprattutto di quello americano. Nel 1946, tra maggio e giugno, in un solo mese, gli americani costituiscono nella sola città di Shanghai 115 società, 300 nell'intero Paese.

In sede di revisione della « Legge sui terreni » viene espressamente riconosciuto agli stranieri il diritto di acquistare terreni in Cina: « le imprese gestite da stranieri possono, in base a permessi speciali rilasciati dal Governo, acquistare o affittare terreni secondo le reali necessità ». La nuova Legge societaria consente che le società straniere, ottenuta l'autorizzazione dell'amministrazione locale e previa conferma delle autorità centrali, possano divenire titolari di diritti di proprietà sui terreni necessari per il perseguimento del loro oggetto.

Inoltre viene concesso alle navi degli imperialisti il diritto di navigare liberamente lungo le coste e sui fiumi cinesi.

La « Legge sulla navigazione marittima » stabilisce che « le navi non registrate e prive di certificato di nazionalità non possono navigare salvo disposizione contraria ». Nonostante il tenore esplicito di questa norma, essa è stata aggirata nella pratica, grazie a registrazioni simulate o segrete e altri cavilli legali, dal capitalismo marittimo degli imperialisti; senza il permesso della dogana cinese e/o delle autorità marittime, navi straniere solcano le acque territoriali cinesi, vendendo prodotti, facendo contrabbando, derubando, raccogliendo informazioni sulla dislocazione delle forze armate e sulle caratteristiche del terreno.

Le navi americane possono circolare liberamente nelle acque e nei porti cinesi e, in caso di « pericolo » possono perfino entrare « nei porti e nelle acque interne cinesi chiusi alle attività commerciali straniere ».

Si aggiunga che il codice civile mantiene in vita il sistema familiare e matrimoniale di stampo semi-feudale e semi-coloniale.

Prima di tutto esso accoglie un sistema matrimoniale fondato sulla coercizione, che modella il matrimonio sullo stampo del contratto di compravendita. Il fidanzamento e il matrimonio di minorenni può avvenire soltanto con l'approvazione degli intermediari. I genitori hanno il diritto di decidere il matrimonio dei figli ma è necessario anche

il consenso dei nonni; in questo modo si usurpa il diritto alla libertà di matrimonio della maggior parte dei giovani.

Per quel che riguarda il matrimonio mercenario, il codice non si esprime chiaramente sul punto, ma la legalità di tale unione si ricava dai precedenti giurisprudenziali e dai chiarimenti interpretativi. Se entrambe le parti [della compravendita] sono d'accordo, solitamente il matrimonio è valido.

In questo modo molti contadini, troppo poveri per poter avere una dote, non possono formarsi una famiglia.

A proposito di divorzio si stabilisce che se una delle due parti incorre in una delle seguenti situazioni (doppio matrimonio, relazioni sessuali extraconiugali, maltrattamenti intollerabili, gravi incomprensioni tra nuora e suoceri che rendano insopportabile la vita comune, malattie ripugnanti e mentali incurabili, abbandono in malafede del coniuge, tentato omicidio del coniuge, condanne penali) l'altra parte può rivolgersi al tribunale per chiedere il divorzio. Il diritto codificato proclama la parità tra uomo e donna, però i precedenti giurisprudenziali e i chiarimenti interpretativi rivelano la libertà limitata delle donne nelle cause di divorzio. Per esempio la circostanza che il marito abbia delle concubine o il suo abbandono del tetto coniugale, non può condurre all'annullamento del vincolo matrimoniale. Ma se il concubinato e l'abbandono del tetto coniugale sono comportamenti legittimi, come possono le donne invocare il « doppio matrimonio » o « l'abbandono » per poter iniziare una causa di divorzio?

Il sistema familiare codificato dal codice civile discrimina a danno delle donne e difende il principio di autorità del marito. Rispetto agli uomini, le donne perdono quattro tipi di diritti: il diritto al nome (« la moglie sostituisce al proprio cognome quello del marito »); alla residenza (« la moglie assume a propria dimora quella del marito »); alle proprietà (dopo il matrimonio le proprietà che prima erano della moglie vengono amministrate dal marito unitamente alle proprie e il marito ha diritto di usare i frutti di questa parte di proprietà). Infine nell'educazione dei figli i genitori devono agire congiuntamente fino alla maggiore età dei figli, ma, in caso di disaccordo tra i genitori, è il padre a decidere: in questo modo si nega alla donna anche il diritto di educare i figli.

Queste norme fanno sì che le donne occupino una posizione subalterna, alla mercè degli altri, sottoposte all'autorità del marito e degli anziani della famiglia.

Inoltre gli interessi dei figli sono subordinati al mantenimento del prestigio e dell'autorità degli anziani. Il codice dispone infatti che siano gli anziani ad amministrare gli affari domestici, che i figli assumano il nome del padre e che il padre ne eserciti la tutela fino alla maggiore età, e che i beni di proprietà dei figli vengano amministrati dal padre. I genitori, in caso di necessità, possono punire i figli. In questo modo si

sottovalutano gli interessi ed i diritti dei figli a favore della proprietà privata degli anziani e, in generale, di un comportamento arbitrario.

Per evitare suddivisioni o spostamenti del diritto di eredità, il codice vieta alla moglie di subentrare all'erede; alla morte del padre il figlio ne eredita i beni; col consenso del figlio, la madre può detenere ed amministrare i beni ereditati, ma in tal caso non può diventare erede né acquistare diritti di proprietà. Se una donna si risposa ha ancor meno diritto all'eredità. In caso di appropriazione indebita di beni ereditari, l'erede o chi lo tutela può rivolgersi al tribunale per ottenerne la restituzione.

## 5. *Il sistema giudiziario del Governo del GMD.*

### 5.1. *L'apparato giudiziario ed i gradi di giudizio.*

Nei primi anni di vita del Governo nazionalista, l'organizzazione dei tribunali ricalcava quella del Governo Beiyang, avendo adottato il metodo dei quattro gradi e tre giudizi. Nell'aprile 1928 l'Ufficio giudiziario del Governo redige un « Progetto di legge sull'organizzazione dei tribunali ». Nel giugno 1930 la Commissione Politica del CC del GMD ordina che questo progetto, dopo essere stato debitamente rivisto dall'Ufficio giudiziario, venga sottoposto all'esame dell'Ufficio legislativo.

Dopo la discussione e le modifiche apportate dall'Ufficio legislativo, la « Legge sull'organizzazione dei tribunali » (*fayuan zuzhi fa*) viene promulgata il 28 ottobre 1932 ed entra in vigore il 10 luglio 1935. Questa legge consta di 15 capitoli e 91 articoli. Sul modello dell'ordinamento giudiziario tedesco e francese il metodo dei quattro gradi e tre giudizi viene trasformato in tre gradi e tre giudizi. Vi sono ormai tre ordini di tribunali: tribunale locale (*difang fayuan*), tribunale alto (*gaodeng fayuan*) e Corte Suprema (*zuigao fayuan*).

Il tribunale locale viene costituito nei distretti e nelle città ed è affidato alla direzione di un giudice. I tribunali composti da più di sei giudici vengono suddivisi in sezioni civili e sezioni penali, ognuna affidata ad un giudice responsabile.

Il tribunale alto viene costituito nelle province o nelle zone speciali ed un giudice viene designato a ricoprirne la massima carica; esso si suddivide sempre in sezione civile e sezione penale.

La Corte Suprema ha sede presso il Governo ed è presieduta da un funzionario nominato appositamente, che è al contempo giudice ed amministratore. Anch'essa è suddivisa in sezione civile e sezione penale.

Il tribunale locale e le sue diramazioni giudicano in prima istanza i casi civili e penali ordinari; contro il rifiuto di decidere è possibile appellarsi al tribunale provinciale.

Il tribunale provinciale decide in prima istanza i casi di « sommosa interna », « danni allo Stato » e « aggressione esterna », e riesamina in appello le decisioni dei tribunali locali.

La Corte Suprema costituisce il terzo grado di giudizio. Si tratta in sostanza di un giudizio di legittimità e può ricorrervi solo chi può invocare l'avvenuta violazione di leggi. La Corte Suprema assume come base della propria decisione tutto ciò che ha portato alla pronuncia della sentenza di secondo grado e non effettua una nuova analisi dei fatti.

Per questo motivo di solito la sentenza di secondo grado è ritenuta definitiva ed appare superfluo il ricorso al grado superiore. Dal momento che, all'atto pratico, nel formulare le sentenze ci si attiene al principio reazionario secondo il quale « gli ufficiali governativi non si pentono delle sentenze », è molto difficile che una sentenza venga riesaminata o riformata ai gradi superiori.

Un simile apparato giudiziario è utile solo per chi, forte delle proprie ricchezze, può usare la legge per opprimere le masse lavoratrici.

Al di là del potere di emettere sentenze, normalmente riservato all'apparato giudiziario, anche l'esercito e i servizi segreti del GMD hanno la possibilità di interferire nell'attività giudiziaria e controllare le sentenze pronunciate dagli organi giudiziari.

Per rafforzare la soppressione dei moti rivoluzionari, nell'aprile 1948 il Governo promulga le « Norme di giudizio dei tribunali penali speciali » e le « Norme per la costituzione dei tribunali penali speciali » in cui si stabilisce che tutti i casi di competenza dei tribunali penali speciali vengano esaminati in base alle « Norme di giudizio » di detti tribunali. I tribunali penali speciali si suddividono in tribunale penale speciale centrale e tribunali penali alti.

Il tribunale centrale ha sede nella capitale, Nanchino; i tribunali speciali alti, dislocati nelle sedi minori, si occupano dei casi contemplati dalle « Norme urgenti per punire chi danneggia lo Stato nel periodo di repressione della ribellione ». Il tribunale centrale riesamina le sentenze dei tribunali alti.

I casi regolati dalle « Norme di giudizio dei tribunali penali speciali » in realtà non sono altro che casi che consentono di incriminare uomini del PCC, patrioti e altri rivoluzionari.

L'appello è impossibile se la sentenza è pronunciata collegialmente dal presidente del tribunale e dagli altri giudici di grado inferiore. Ciò dimostra il carattere fondamentalmente controrivoluzionario del sistema giudiziario del GMD.

## 5.2. *Il giudizio.*

5.2.1. *Il giudizio segreto.* — Ciò che la legge sull'organizzazione dei tribunali definisce giudizio segreto dimostra chiaramente quanto sia controrivoluzionario il sistema giudiziario del GMD. Infatti, benché

in apparenza venga stabilito che « il dibattimento dei processi e la pronuncia delle sentenze devono essere pubblici », quando si tratta di « danneggiamento dell'ordine pubblico », « non è necessario rendere pubblica la decisione del tribunale ». Inoltre, poiché « nel dibattimento di casi politici si tende ad esagerare i fatti per impressionare gli spettatori, non è possibile che tale dibattimento avvenga pubblicamente ».

Si mira così, chiaramente, a colpire gli appartenenti al PCC e gli altri rivoluzionari, favorendo il ricorso a tribunali speciali, la diffusione delle loro verità sulla rivoluzione e l'offerta all'opinione pubblica di informazioni provenienti da fonti controrivoluzionarie.

5.2.2. *Il sistema della Procura.* — Il Governo del GMD ha apporato qualche modifica alla pratica del periodo Beiyang, unificando all'interno del tribunale gli organi requirenti e quelli giudicanti. Dal 1932, però, ritorna in vigore il vecchio sistema. All'interno della Corte Suprema fra i procuratori nominati nel numero previsto dalla legge) viene scelto il procuratore-capo. Lo stesso avviene presso gli altri tribunali.

L'apparato procuratoriale ha le stesse competenze per territorio dei tribunali a cui è collegato.

La posizione dell'apparato della Procura nel dibattimento delle cause è molto particolare.

Sulla base delle esperienze derivate dall'impiego del vecchio metodo, è stato organizzato un sistema procuratoriale fornito di tre caratteristiche:

a) *Grande potere del procuratore.* In base alla legge sull'organizzazione dei tribunali i procuratori svolgono tre funzioni: raccolgono prove ed informazioni, istituiscono e conducono il processo penale e dirigono l'esecuzione delle sentenze di condanna. Inoltre, essi dispongono della polizia giudiziaria affinché li assista nella raccolta di prove e, in situazioni di particolare difficoltà, possono richiedere l'assistenza della polizia militare.

b) *Molteplicità dei soggetti legittimati a raccogliere informazioni.* Oltre ai procuratori molte altre persone hanno il diritto di raccogliere informazioni, tra queste: sindaci, capi distretto, capi della polizia, capi dei vigili, responsabili della polizia militare, soldati, poliziotti. In questo modo i responsabili dell'apparato amministrativo, della polizia, dei militari e le persone ai loro ordini formano un unico grande apparato in grado di raccogliere ogni tipo di informazioni, sotto il controllo diretto dei servizi segreti (ove queste persone non siano già degli agenti segreti) e di controllare qualsiasi attività rivoluzionaria.

c) *Elaborazione di una « teoria » sulla raccolta ed il valore delle prove di chiaro stampo fascista.* In pratica questa teoria privilegia, nella raccolta delle prove a carico o a discolta, l'opinione del procuratore, fornendo così una base « legale » per l'esercizio arbitrario dell'azione penale nei confronti dei singoli.

### 5.3. *Boicottaggio dei processi popolari.*

Il diritto processuale del GMD, nelle sue due componenti della « procedura civile » e della « procedura penale » è lo strumento più importante per l'attuazione del codice penale, del codice civile e delle leggi speciali.

Esso incarna le tendenze reazionarie che non vengono ufficialmente espresse dalle leggi [sostantive] e si erge a difesa dei diritti processuali dei capitalisti, ostacola e si prende gioco degli strumenti a disposizione delle masse lavoratrici.

5.3.1. *Propaganda del principio del « libero convincimento » del giudice.* — In materia di valutazione delle prove si dà molta pubblicità al principio del « libero convincimento »: nell'esame di una causa civile o penale la « veridicità delle prove » è frutto della « libera valutazione della corte ».

Si tratta, in pratica, del principio capitalista del « libero convincimento del giudice ».

Il Presidente della Corte Suprema, nel pubblicizzare questo principio ebbe occasione di spiegare: « Secondo il principio della libertà delle convinzioni, qualsiasi prova può essere accolta se ritenuta affidabile, respinta in caso contrario; la forza o la debolezza delle prove è dunque legata completamente all'opinione di chi sta giudicando, senza che esse abbiano valore legale <sup>(21)</sup> ».

Da ciò si deduce che la verità o la falsità di una prova, la sua maggiore o minore efficacia, dipendono esclusivamente dalla disposizione d'animo di chi giudica. Questo principio in teoria è assurdo, in pratica è reazionario. Data la carica e la classe sociale a cui appartengono i giudici e i procuratori del Governo del GMD, l'accoglimento o il rifiuto di una prova non può che basarsi sugli standard capitalisti dei possidenti e dei *compradores*, distorcere la realtà e pregiudicare gravemente l'obiettività del giudizio nelle cause del popolo.

5.3.2. *Ostacoli allo svolgimento dei procedimenti civili.* — In base al codice processuale civile del 1935, la disciplina dei procedimenti civili è caratterizzata da vari ostacoli introdotti ad arte.

a) Prima di tutto si registra una enorme quantità di regole complesse e diverse: fra le « disposizioni generali » (Parte I) troviamo le regole sul Tribunale, le parti in causa, i costi del processo e il processo vero o proprio. Per quel che riguarda il giudizio di primo grado (Parte II) ci sono procedimenti ordinari e procedimenti sommari; quanto al giudizio di grado superiore, ci sono appelli di primo e di secondo grado, ricorsi incidentali e contro provvedimenti provvisori, procedimenti sommari, d'urgenza, d'inquisizione e cautelari.

<sup>(21)</sup> Deng Baohua, « Analisi della legge sull'organizzazione giudiziaria », (*Fayuan zuzhifa shiyi*) [Nota dell'autore].

Fra i procedimenti speciali in materia di famiglia e di stato delle persone troviamo inoltre procedimenti per i casi di matrimonio, di relazioni tra genitori e figli, di dichiarazione di morte presunta; ogni tipo di procedura, poi, è retta da norme speciali.

In ogni causa civile l'attore sottopone una citazione al tribunale competente, che deve, primo di tutto, verificarne la regolarità e, se irregolare, richiedere all'attore di rettificarla.

b) Ma se vi è difetto di giurisdizione e di competenza, se mancano i rappresentanti legali, se non si pagano le spese di giudizio, se il ricorso di terzo grado non ha come motivo la violazione della legge, in tutte queste ipotesi l'azione è respinta e il procedimento non si apre. Si creano in tal modo moltissimi ostacoli e difficoltà non casuali alla discussione delle cause.

c) Molto rilievo è dato al principio ipocrita della « non interferenza ».

Così come il codice civile, infatti, si fonda sul principio della « libertà contrattuale », la procedura civile si basa sull'analogo principio « dispositivo », o della « non interferenza »: ciò significa che lo sviluppo del processo in tutte le sue fasi, come pure la presentazione delle prove e dei materiali pertinenti, dipende esclusivamente dai desideri e dalla iniziativa delle parti, mentre il tribunale mantiene una posizione « distaccata », senza arrogarsi il diritto di interferire. La procedura civile afferma che il « dibattimento inizia con la statuizione di ciò che la parte ritiene debba essere oggetto del giudizio » (art. 192). Con tale statuizione la parte circoscrive la materia su cui si richiede il giudizio del tribunale, e « il tribunale non può pronunciarsi su questioni non sollevate dalle parti » (art. 388).

Questo tipo di non interferenza non può che essere di pregiudizio a chi non conosca le leggi e non possa pagarsi un avvocato, mentre esso permette agli abbienti di vincere agevolmente le cause.

5.3.3. *Caratteristiche principali della procedura penale.* — Il codice di procedura penale, promulgato nel 1935, presenta le seguenti caratteristiche:

a) Limitazione severa del diritto della persona offesa di promuovere l'azione penale.

La persona offesa dal reato può promuovere l'azione penale nei limiti della propria capacità di agire. La persona in questione è colui che è stato danneggiato direttamente dall'azione criminale; il coniuge del danneggiato, il suo rappresentante legale o altri parenti non possono esercitare in sua vece l'azione penale. Il fatto che il soggetto legittimato all'azione abbia come limite la propria capacità di agire significa privare del diritto all'azione penale chi sia sprovvisto di capacità di agire o la posseda in misura limitata.

Si aggiunga che, a salvaguardia del sistema familiare feudale, il codice proibisce di esercitare l'azione penale nei confronti degli ascendenti in linea retta o del coniuge » (art. 313).

Se il procuratore, completata l'indagine preliminare, nega il rinvio a giudizio, l'azione penale privata è improponibile nel medesimo caso (art. 315, 317).

b) Salvaguardia degli interessi delle classi sfruttatrici.

Benché la procedura penale non esiga il difensore, l'imputato può scegliersi un difensore in qualunque momento successivo alla formalizzazione dell'accusa.

Il rappresentante legale della persona sottoposta a giudizio, il coniuge, i parenti in linea retta e i parenti collaterali fino al terzo grado, il capo o altri membri della famiglia della stessa possono assumere autonomamente un difensore per lui (art. 27).

In tutti i casi in cui la pena comminata superi i cinque anni di reclusione o il giudizio di prima istanza si svolga presso un tribunale alto e gli interessati non abbiano scelto difensori, il tribunale deve nominare un difensore d'ufficio (art. 31). Però in questo caso il difensore deve essere un avvocato, altrimenti deve ottenere il permesso del presidente della Corte (art. 29).

A quanto pare l'apparato giudiziario del GMD è molto preoccupato del diritto alla difesa, ma i difensori legali della vecchia Cina sono per la maggior parte avvocati di professione e in generale pretendono laute ricompense che non possono certamente essere pagate dai contadini, perciò il sistema del difensore in realtà non fa altro che offrire una efficace copertura ai crimini delle classi sfruttatrici.

La procedura penale prevede inoltre che « i rappresentanti o i difensori dell'imputato possono in ogni momento domandare la liberazione dell'imputato su garanzia o la sospensione della pena detentiva » (art. 110); ma essa stabilisce anche che « l'autorizzazione alla sospensione della pena detentiva è subordinata alla prestazione di una garanzia scritta e al pagamento di una congrua cauzione pecuniaria. Tale garanzia può essere prestata solamente da una persona abbiente o da un negoziante dello stesso distretto; essa dovrà precisare l'ammontare della cauzione pecuniaria e contenere la dichiarazione che il pagamento della stessa avverrà in conformità con la legge » (art. 111).

Orbene, è chiaro che i contadini non sono in grado di produrre una simile garanzia né di pagare la relativa cauzione, cosicché lo scopo reale della sospensione della pena detentiva dietro cauzione è solo quello di evitare la detenzione agli imputati che appartengono alle classi sfruttatrici.

c) Negazione agli aderenti al PCC, ai patrioti e alle masse lavoratrici del diritto di ricorrere in appello.

Benché la legge sull'organizzazione dei tribunali preveda tre gradi di giudizio, al fine di reprimere la rivoluzione e le sommosse patriottiche, nei casi dei reati contro la sicurezza interna, contro la sicurezza esterna e di danneggiamento delle relazioni internazionali, la competenza in primo grado è attribuita da leggi speciali al tribunale alto, e

alla Corte Suprema spetta spetta la decisione definitiva: in questo modo i gradi di giudizio sono solamente due. Inoltre i casi relativi ai reati elencati nell'art. 61 del codice penale sono esclusi dal terzo grado di giudizio (art. 368). Infine, in base a quanto stabiliscono le « Norme per il giudizio di casi penali speciali », promulgate nel 1944, nei casi di reati politici, da cui derivino « danni alla Nazione », non è ammissibile appello, ma è solo possibile chiedere un nuovo giudizio allo stesso tribunale.

Queste norme palesemente privano i membri del PCC, i patrioti e le masse del diritto di ricorrere in appello. Allo scopo di sopprimere velocemente e in segreto i rivoluzionari, nel caso di condanne a morte il tribunale giudicante deve scegliere i fatti e le prove che dimostrano la necessità di una punizione urgente, farne un rapporto telegrafico alla Corte Suprema e all'Ufficio giudiziario affinché gli organi competenti ratifichino la pena, e in seguito trasmettere agli stessi organi gli atti completi del giudizio.

Sono proprio norme di questo tenore che dimostrano l'infondatezza del principio del « governo secondo la legge » (*fazhi*), pubblicizzato con grande vigore dal GMD, e rivelano chiaramente il carattere reazionario delle procedure giudiziarie e lo stampo fascista della politica di Chiang Kai-shek.

#### 5.4. *Attività di spionaggio.*

Il governo reazionario del GMD, al fine di garantire la stabilità della dittatura feudale e compradora, oltre alla repressione militare e alla coercizione legale, seguendo l'esempio del fascismo di Mussolini e di Hitler, ha costituito un robusto apparato di spie che può interferire nelle attività legali e applicare sanzioni illegali, attuando nei confronti del popolo una politica fascista.

Due sono i principali servizi segreti del GMD: « l'Ufficio di controllo statistiche del Comitato Centrale del GMD », detto anche « Statistiche Centrali », e « l'Ufficio di controllo statistiche della Commissione per gli Affari Militari del GMD », detto anche « Statistiche militari ». Questi servizi segreti, dal centro alla periferia, dalle città ai villaggi, sono infiltrati dappertutto negli uffici politici, militari, economici, culturali. Essi reclutano gli elementi più degeneri, più infidi, più abietti della società: traditori, spie nemiche, banditi, ricattatori ed altri relictii sociali.

Le attività dei servizi speciali si rivolgono espressamente contro i militanti del PCC e i giovani studenti che lottano per il loro Paese, massacrando il fior fiore della nazione cinese.

Gli agenti segreti, in base alle necessità di Chiang e del governo reazionario, non tengono in nessun conto l'apparato giudiziario e della Procura, non devono sottostare a nessuna formalità legale, possono

in tutta libertà svolgere indagini, perquisire, percuotere, tenere sotto controllo, rapire, arrestare ed assassinare i militanti del PCC e chiunque combatta per la democrazia.

Dalla costituzione dei servizi segreti alla caduta del Governo del GMD, in un periodo cioè di oltre vent'anni, moltissimi figli valorosi del PCC e innumerevoli rivoluzionari, in nome della liberazione del popolo e del comunismo, si sono scontrati con le spie fasciste senza mai piegarsi, immolando la loro vita preziosa.

I servizi segreti hanno i propri tribunali, dove si giudica barbaramente. Di fronte alla giusta lotta dei rivoluzionari, che preferiscono la morte alla sottomissione, l'odio degli agenti cresce a dismisura, ed essi danno libero sfogo ai propri istinti bestiali, applicando torture crudeli.

I servizi segreti sono parte attiva dei « tribunali di autocoscienza » e dei « centri di persuasione » ed hanno inoltre costituito prigioni segrete in tutte le zone controllate dal GMD (tra le più grandi sono quelle di Chongqing, Xian, Shangrao, Tianshui, Xifeng).

Gli edifici designati « centri di collaborazione tecnica sono-americana » non sono altro che prigioni costituite dai servizi segreti, dove si uccidono le persone come se fossero mosche ammucchiandone i cadaveri. Il 27 novembre 1959, più di 500 rivoluzionari sono stati uccisi e poi bruciati per distruggere le prove.

I delitti contro il popolo di cui si sono resi colpevoli i servizi segreti del GMD fanno davvero rabbrivire, sono troppi per essere registrati interamente.

La storia criminale dei servizi segreti del GMD fa balzare agli occhi l'ipocrisia di quanto all'interno del codice penale viene definito rigido controllo degli « interventi illegali ».

PAOLO GROSSI

## LA FANTASIA NEL DIRITTO

« I giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia ». Ho sempre letto con uno sgomento profondo questa frase del mio vecchio maestro Piero Calamandrei <sup>(1)</sup>, e volentieri l'ho collocata nell'urna di quel masochistico positivismo giuridico di cui si sono cibati avidamente e si sono saziati soddisfatti i nostri padri; volentieri l'ho sempre letta come il segno d'un territorio irrecuperabilmente passato, al quale mi sento di non appartenere.

I giuristi, questi esegeti di costruzioni altrui, questi frati conversi vocati soltanto al servizio, non potevano permettersi il lusso della fantasia come non se la possono mai permettere un cancelliere o un segretario che devono sempre identificare nella fedeltà (fedeltà a un qualcosa a loro esterno ed estraneo) il sommo delle virtù professionali. Il politico aveva in sua mano ogni scelta; al giurista — fosse egli giudice o dottore — era riservato il campicello magro e risecchito dell'esegesi, un campicello cintato verso tutto il resto da mura altissime e insuperabili e percorso soltanto dai canali della logica formale, che nascevano al suo interno e che davano solo una parvenza di vitalità attiva a chi ne attingeva.

Una tale ancillarità del diritto verso la politica, ritenendosi per ereticale che quello potesse autonomamente incarnare anche una politica, era un cardine costituzionale dello Stato e del diritto borghesi, era la spietata conseguenza di una lucida monopolizzazione del diritto da parte dei detentori del potere e della esautorazione del ceto dei giuristi da ogni ruolo attivo e promotivo. Al giurista era vietato di avere occhiali adeguati per leggere il mondo sociale, gli dovevan bastare quel monocolo esegetico, che per sua indole — in quanto monocolo — non è mai in grado di guardar lontano e di dare spessore all'oggetto contemplato, e quel sapere tecnico, che serviva a irrobustire l'esegesi in una veste rigorosa. E occhi aridi si compiacevano di vedere rinserrato

---

<sup>(1)</sup> P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), ora in appendice a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, N.E. a cura di G. Astuti, Milano, Giuffrè, 1968, p. 176.

in un sillogismo, cioè nella fredda unilinearità di un distaccato e automatico procedimento logico, l'attività del giudice, che non può non essere — malgrado tutto — un approccio vivo e complesso con l'incandescenza dei fatti.

L'interpretazione giuridica come atto supremo di volontà in quanto intermediazione fra legge remota ed astratta e fatti nuovi e concreti, l'interpretazione come intuizione, invenzione, e, quindi, costruzione, erano tentazioni perverse da respingere da parte del giurista rigoroso ed autentico che volesse corrispondere alla sua specifica vocazione. Tanto più la fantasia. Il giurista sarebbe infatti assurdo nel novero dei produttori dell'ordinamento, e il sacrario intoccabile della gerarchia delle fonti ne avrebbe tratto un qualche inammissibile turbamento.

Ma dagli anni '50 in cui ancora si mostrava pressoché intatto il pregiudizio esegetico <sup>(2)</sup> e i giuristi continuavano a ripetere e a caldeggiare un simile atteggiamento quasi inconsapevoli del plagio e delle espropriazioni subiti, insensibilmente, le linee del quadro si sono — almeno nella loro interna tensione — modificate. Pur senza incrinature nell'edificio indiscusso dello Stato di diritto, persistendo per inerzia all'interno della nuova legalità costituzionale la vigenza di regole codificate sempre più lontane nel tempo e nella coscienza sociale, il giurista — testimone e percettore del sentimento giuridico circolante — si è visto *de facto* collocare nelle mani dalla astuzia degli eventi almeno un compito positivo e costruttivo: il recupero dei valori costituzionali al livello di applicazione della norma. E la creatività dell'atto giudiziale, intessuto di sapere intuitivo e di libertà, che il rigido principio della divisione dei poteri — sposato indissolubilmente al dogma della legalità — aveva preteso di ridurre al silenzio, riemerge tacitamente accantonando lo spettro del diritto libero esorcizzato monotonamente da duecento anni di esercitazioni retoriche. E si torna a parlare di costruzione giuridica, di ingegneria giuridica, come ai tempi della grande cavalcata pandettistica, anche se in un clima e dietro premesse tanto diversi: con riferimento sempre implicito ma insopprimibile al *progetto* sottostante che ogni costruzione esige.

Segno e segnale squillante della affrancazione dal vecchio e invertebrato atteggiamento è un libriccino pubblicato nel 1984 dal benemerito editore Giuffrè per la penna di un cultore del diritto positivo italiano, libriccino che è, per quanto ne so, rimasto appartato nel panorama della letteratura giuridica di quest'ultimo biennio e che meritava invece una risonanza più ampia. Mi riferisco alle pagine che Vincenzo Panuccio ha dedicato al tema de « la fantasia nel diritto » <sup>(3)</sup>,

<sup>(2)</sup> Con l'unico 'lusso' della possibilità di *sistemazioni*. Il 'sistema', che è la grande lezione appresa dai tedeschi, è però spesso mortificato e frustrato da una psicologia essenzialmente esegetica dell'interprete.

<sup>(3)</sup> Vincenzo PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 138.

primo, a mio sapere, che dopo Dernburg <sup>(4)</sup> abbia in questi quasi cento anni guardato espressamente e autonomamente al tema <sup>(5)</sup>.

Che sembra, a prima vista, il bizzarro divertimento di un severo giurista, divertimento come digressione da studi più solidi e come svago dalla noia di codici e digesti. Ma non è così. Il merito di Panuccio non è di aver avvivato con un tocco di 'faceto' il 'serio' della giurisprudenza <sup>(6)</sup>, ma di aver segnalato — dandone testimonianza con la propria franchezza e disinvoltura — che, ormai, la giuristica italiana sente di aver valicato uno spartiacque che la mitologia giuridica dello Stato di diritto aveva sempre proposto come invalicabile, e, allargando le maglie prima strettissime dell'ordito logico della *interpretatio*, fa spregiudicatamente i conti con la presenza condizionante dell'« uomo interprete » <sup>(7)</sup> immediatamente retrostante con il suo fardello di volontà e di intuizioni, e — perché no? — di fantasia.

Il giurista interprete si ingigantisce e assomiglia di più, nella sua relativa libertà, alle grandi stature di Ulpiano, di Bartolo, di Savigny (i quali sembravano appartenere a una remota e favolosa galleria degli antenati), che non a quel beato civilista francese dell'Ottocento che si onorava di ridurre il proprio universo culturale alle righe del *Code civil*.

L'importante è che il segnale venga da un cultore del diritto positivo italiano. Certamente Panuccio è stato sempre un personaggio di ampio respiro, nutrito di interessi e preparazione filosofici e teoretici com'è nel marchio della colta scuola civilistica messinese e non sono dimenticabili certi suoi rilevanti contributi di teoria generale, ma è significativo che quegli interessi e quella preparazione sian serviti a dar consapevolezza e validità a una voce che intendeva essere e restare quella professionale del giuscivilista, del giuscommercialista, del giuslavorista; intendo dire di un giureconsulto che non può non considerare e collocare l'atto di interpretazione soprattutto all'interno di un sistema giuridico positivo quale dialettica interna e meccanismo evolutivo di quel sistema.

Lo *ius positum* assume sempre più il tratto di una *cifra* e l'interprete quello del depositario della sua chiave; al di sotto della cifra, ma ben visibili all'interprete, i fatti nel loro divenire, prima terreno proibito, oggi e più ancora domani oggetto di affidamento per lui.

<sup>(4)</sup> H. DERNBURG, *Phantasie im Recht*, Berlin, 1894.

<sup>(5)</sup> Spesso i riferimenti alla 'fantasia' la colgono nella sua accezione generica, volgare e banale (un esempio è nella noticina polemica di Bigiavi con Carnelutti. Cfr. W. BIGIAVI, *I commercialisti e la « fantasia »*, in *Rivista di diritto civile*, 1956, p. 1023.

<sup>(6)</sup> Teniamo dietro alla intitolazione di una celebre opera jheringhiana nella felice traduzione italiana di Giuseppe Lavaggi (R. Von JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, Sansoni, 1954).

<sup>(7)</sup> PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, cit., p. 68 ss.

Della norma positiva — mi sia consentito spingere all'estremo il paradosso — emerge una dimensione ignota, quella non scritta — quella legata alla sua vita nel tempo lontana dalla tutela del legislatore, alla sua storicità —, che ora si presume scritta a inchiostro simpatico fra le sue righe e che la proietta verso il futuro disponibile all'abbraccio 'contaminante' dei fatti futuri. E il giurista salta di piano, indossa vesti che gli erano state sempre negate: da esegeta, si scopre collaboratore nella costruzione del futuro, nella confezione del progetto.

Senza dubbio, do un volto troppo netto a quello che è soltanto l'inizio di un ripensamento, l'affiorare di una consapevolezza e d'una esigenza, più tacite che conclamate, senza sconvolgimenti vistosi, portate sempre innanzi sotto l'ombrello o tra le pieghe della legge ma per eroderla lentamente, con una psicologia nuova che mancava del tutto nel vecchio operatore; ma, senza dubbio, questo libretto di Vincenzo Panuccio è eloquente nel sottolineare un disagio, un orientamento, una presa di coscienza che si collocano nella linea sopra esposta, in questa crisi di vecchie certezze che stiamo vivendo.

Più che divertimento, riflessione seriissima, dove fantasia non è sinonimo di bizzarria, ma è nozione analizzata nelle sue fondazioni filosofiche e storiche e si propone soprattutto « nella sua funzione mediatrice di conoscenza fra (realtà) presente e futuro » (8), nel suo costituirsi a sostegno essenziale d'ogni capacità creativa; e lo storico, che sopra ogni altro operatore culturale percepisce il movimento in atto, ha il dovere di rilevarne l'importanza, segnalando il libro al lettore non sprovveduto di questi 'Quaderni' che, intitolandosi — or è quindici anni — programmaticamente alla 'storia del pensiero giuridico moderno', intendevano, come intendono tuttora, sottolineare la possibilità di un *pensiero giuridico*, di giuristi che producono pensiero, di giuristi coinvolti in un progetto culturale e sociale (9).

---

(8) PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, cit., p. 49.

(9) Vi ho insistito nella voce *Pensée juridique*, redatta per il *Dictionnaire de théorie du droit et de sociologie juridique*, diretto da André-Jean Arnaud.

PAOLO GROSSI

## SULLA ' NATURA ' DEL CONTRATTO

(qualche nota sul ' mestiere ' di storico del diritto, a proposito di un recente ' corso ' di lezioni)

I. Tecniche giuridiche e diagnosi storiografica. — II. Esemplicità di un ' corso ' di lezioni sul deposito irregolare. — III. *Substantia contractus/natura contractus*: il significato culturale d'una invenzione tecnica dei giuristi. — IV. *Contra Euty-chen et Nestorium*: le possibili radici teologiche della invenzione tecnica.

I. Non ho dubbi che alla storia del diritto medievale e moderno debba spettare un posto e un ruolo centrali entro l'assetto delle presenti e future Facoltà di Giurisprudenza, per un duplice motivo. L'uno metodologico: educazione del giurista alla storicità dei suoi strumenti. L'altro — connesso al primo ma in qualche modo autonomo — di formazione specifica di un giurista: oggi — assai più di ieri, quando tutto sembrava potersi risolvere semplicisticamente in una dialettica fra romano/romanistico e vigente — le radici del giurista, della sua mentalità, delle sue tecniche, delle sue ideologie appaiono pescare nelle acque fonde e complesse (e percorse da una folta ridda di forze storiche) dei due universi esperienziali che stanno dietro le nostre spalle, il medievale e il moderno. È lì che si gioca l'immagine e l'ossatura del nostro presente utilizzando ma ancor più stravolgendo suggestioni antiche e rifondendole con nuove e più immediate urgenze.

Non ho dubbi su questo, ma a una condizione: che lo storico del diritto, pur aprendosi doverosamente a un ampio respiro storicizzante e pur impressionandosi di tutte quelle forze in agitazione, non abdichi al suo mestiere di giurista, di lettore del mondo socio-economico e culturale con quegli occhiali, con quella messa a fuoco, con quella grammatica specifica e provvida che una tradizione più che bimillennaria assegna al giurista per individuare e valorizzare il còrtice relativamente autonomo di ogni civiltà che è il diritto (un còrtice, certamente, che non può essere pensato separato da linfe sottostanti, ma che può e deve essere còlto nella sua autonomia relativa).

Più di un lettore si sorprenderà — e non avrà torto — di tanto ovvie affermazioni, e se ne domanderà la ragione. La quale sta nella contemplazione di una storiografia giuridica italiana che, soprattutto

nella attuale vicenda, non sembra cosciente di una tale elementare verità ed, elusivamente, non corrisponde alla sua più autentica chiamata culturale. Infatti, ancor oggi, quando, metodologicamente, nessuno si sognerebbe di far affiorare sulle proprie labbra la stolidità e grossolana domanda se la storia del diritto sia storia o diritto, ancor oggi il diritto come discorso ordinante della indistinta realtà sociale, con il suo ricco arredo di suppellettili grammaticali e sintattiche, è sostanzialmente estraneo a una storiografia giuridica che certamente fa opera meritoria ma che certamente evita di tuffarsi nel colmo dell'esperienza per cogliervi e sottolinearvi le nervature intimamente giuridiche che soltanto un approccio tecnico è in grado di rivelare. Se si è respinto con disdegno — e non si è fatto davvero male — la vecchia distinzione fra storia esterna ed interna, psicologicamente la distinzione continua a regnare sovrana anche in coloro che sonoramente la respingono, quando da parte dello storico del diritto ci si rifiuta, in prevalenza, di tentare quella sintesi che costituirebbe la prova del sostanziale e non vocale superamento, e si continua ad operare su una linea che valorizza soltanto profili di storia esterna.

L'origine di questo vizio occulto sta nelle carenze di preparazione dello storico del diritto, cui il discorso giuridico è fondamentalmente estraneo, il quale troppo spesso un corpo estraneo si sente nel seno di una Facoltà di giurisprudenza, il quale troppo spesso elude il suo ' mestiere ' arrestando il proprio sguardo alla epidermide dell'esperienza giuridica con ricerche esemplari e fruttuosissime su le fonti, le istituzioni, le biografie dei giuristi ma lasciando pressoché intatto il tessuto di problemi, di soluzioni, di scelte che è la dimensione esperienziale del diritto, quelle consolidazioni del costume a livello del giuridico che siamo soliti chiamare istituti e dove il diritto si fa vita quotidiana e assetto connaturale di questa.

Ed è un vizio — consapevole o inconsapevole che sia — così fuorviante da impedire alla storiografia giuridica di adempiere alla sua funzione culturale. Innanzi tutto, perché il tessuto delle conoscenze tecniche è l'unico in grado di guidare l'osservatore all'interno dell'ordinarsi giuridico d'una realtà sociale, essendo il sapere tecnico ben spesso non un divertimento di legulei ma l'avventura intellettuale del giurista nel suo cammino di conoscenza e quindi una cifra adeguata e provvida e specifica per mettere a fuoco *una* dimensione fra la vaghezza d'un più ampio e pluridimensionale contesto sociale; ciò che più conta per lo storico, è anche l'unica che possa segnalare con sicurezza, al di là dei semplici sforzi salivari, *tutto ciò che sta dietro*, tutte le idealità e le ideologie del giurista.

Guai infatti a quello storico del diritto che, pur volendo encomiabilmente dare un volto a un ceto di giuristi e a certe soluzioni giuridiche si arrestasse alle dichiarazioni programmatiche. Ciò sarebbe comodissimo, ma si arresterebbe a quelle esercitazioni salivari cui or ora si

accennava, che sono troppo spesso esercitazioni retoriche; mentre il discendere difficile, arduo, penoso all'interno della costruzione tecnica del giurista e del diritto gli consente di evitare le secche della retorica e identificare l'operazione culturale per quello che è; guardando *dal di dentro* il ceto dei giuristi nelle sue costruzioni argomentative, nei cementi tecnici dei propri edifici, non è soltanto una architettura logica che emerge ma risultano più nitidi gli stessi legami sottili con il potere, nel farsi potere da parte di quel ceto in azione, conservando o promuovendo, ostentando sordità o sensibilità; si arriva in pieno a quella che potremmo chiamare una storia interiore del diritto, dove interiore vale per storicamente sostantivo e concreto, per storicamente effettivo, il terreno saldo e non le sabbie mobili su cui edificare pagine storiograficamente appaganti. *Soltanto* per questa strada e usando questi strumenti si perviene alla perfetta storicizzazione dei dati osservati.

Insomma, una simile elusione, una simile ignoranza, una simile ripugnanza riguardo al sapere tecnico-giuridico non assumono altro significato che quello di un clamoroso vizio epistemologico: in tal modo lo storico del diritto non corrisponde compiutamente allo statuto epistemologico del proprio 'mestiere'.

Qualche lettore giustamente esigente d'una definizione teoretica del discorso riterrà equivoco e ambiguo parlar di 'tecniche' senza ulteriori precisazioni. Non sarà quindi inutile ripetere ancora una volta che, quando qui si invoca un sapere tecnico come ricchezza dello storico del diritto, altro non si invoca se non l'impossessamento d'un istrumentario conoscitivo e d'un vocabolario affatto specifici da cui consegue la capacità di guardare l'ordinamento *dal di dentro*, di poterlo saggiare in tutte le sue valenze segrete, di scomporlo nei suoi intimi meccanismi e di capirne l'interiore pulsare e organizzarsi e assestarsi; altro non significa se non mettersi *dalla parte dei* giuristi, se non farsi giurista e ragionar con lui usando i suoi mezzi consueti, nella sicurezza che, individuato con puntigliosa precisione il giurista, il loico e il grammatico del diritto, sia più facile scorgervi, dietro, anche l'uomo con tutto il cumulo dei propri interessi e delle proprie contraddizioni.

Molti anni fa, immediatamente dopo la ventata ideologizzante del 1968 — quando si faceva un gran parlare di ideologie, di decaloghi marcusiani oggi dimenticati, di uso alternativo del diritto — ebbi occasione di conversare a più riprese su tutto questo con Giuliana D'Amelio, una amica e collega sotto ogni profilo provvedutissima e per proprie scelte di fondo assai sensibile alle dissacrazioni che la *nouvelle gauche* additava allora agli uomini di cultura. Con la cara e compianta amica, fra le molte consonanze, vi fu anche la concorde conclusione che quel parlar di ideologie a vuoto rischiava d'essere vano e che il gran fuoco si sarebbe presto dissolto quasi nel nulla; che, per il giurista, un discorso serio che volesse misurare effettivamente anche lo spessore ideologico doveva passare attraverso la decantazione delle

tecniche. Lì, entro il suo armamentario da laboratorio, il giurista *si confessava* con schiettezza sol che si avesse la acutezza e la pazienza di cogliere al di sotto degli arnesi apparentemente neutri ed asettici l'affiorare di forze ipogee, quasi una vena d'acqua nascosta che uno scopre solo per il vigore della vegetazione superficiale.

È unicamente per il tramite di una cognizione — né epidermica né episodica ma approfondita — della sintassi ordinante del giurista strutturata in architetture e invenzioni di schietto sapore tecnico che lo storico del diritto può arrivare alla storicizzazione dell'oggetto della sua conoscenza, perché è unicamente attraverso di essa che il giurista rivela il suo vero volto senza possibilità di mascherature e di infingimenti. Naturalmente, sempre che l'esoterico materiale atteggiato in strumenti di approccio tecnico sia letto non come cifra disarmante di fronte a cui arrestarsi sgomenti ma come chiave decifrante. E il complesso delle tecniche, che un occhio arido e incompetente può ritenere sterile divertimento degli addetti ai riti misterici del diritto, assume la veste di sentiero efficace di comprensione storiografica, anche quelle che a prima vista potrebbero sembrar le più astruse ed astratte, anche quelle che il monocolo economicistico potrebbe bollare come le più 'sovrastrutturali'. Sol che si abbia occhi provveduti e orecchi vigili, sol che si sia capaci di riconoscere toni e timbri, la tecnica del giurista, anche quando vuole erigere una dommatica e immobilizzare un concetto e un sistema, è l'unico concreto strumento di storicizzazione.

Privarsene significa venir meno al più elementare canone epistemologico per lo storico del diritto e, di conseguenza, alla propria specificità culturale. Privarsene significa anche venir meno a quella vasta, fin troppo vasta, 'cura d'anime' alla quale tanti anni fa Giampiero Bognetti richiamava lo storico del diritto: se si vuole poter instaurare una collaborazione scientificamente valida con lo storico generico, lo storico-giurista ha da mantenere tutta la sua specificità, che è poi la sua identità e virilità culturale. Recentemente, nell'ambito di un incontro fiorentino che si incentrava su questi grossi problemi metodologici, l'amico Jacques Le Goff raccomandava agli storici del diritto: «surtout soyez vous-mêmes» (1), giacché è soltanto salvaguardando fino in fondo uno sguardo specifico e un occhiale specifico che lo storico, l'archeologo, il paleografo, il diplomatista avranno nello storico del diritto un rispettabile e proficuo compagno di lavoro.

---

(1) Cfr. J. LE GOFF, *Replica*, in *Storia sociale e dimensione giuridica* (Atti dell'Incontro di studio, Firenze 25-26 aprile 1985), Milano, 1986, p. 450. Continua Le Goff (ibidem) insistendo e precisando: «il ne faut absolument pas qu'il y ait entre nous un rapprochement, une collaboration telle que nous ne saurions plus qui nous sommes, historiens du droit et historiens liés à la sociologie et à l'anthropologie. Ce qui nous intéresse justement c'est le fait que vous n'êtes pas nous, que vous avez des choses à nous dire, des choses à nous apprendre».

II. Contemplando sordità e inconsapevolezze ancora radicate nella storiografia giuridica italiana ma fermo nelle convinzioni ora succintamente espresse, non ho potuto fare a meno di salutare con entusiastica adesione il 'corso' recentissimo che Umberto Santarelli, professore di Storia del diritto nell'Ateneo di Pisa, ha tenuto e redatto per i suoi studenti pisani (si allude a: 'La categoria dei contratti irregolari' - Lezioni di storia del diritto, Torino, Giappichelli, 1984, pp. 261).

Innanzitutto, un 'corso' che non è ruminazione abile di ricerche altrui o remote dello stesso autore, ma una ricerca che chiede di diventar lezione come per incarnarsi in un esperimento, e una lezione che è ancora ricerca, che porta in sé i segni visibili delle fatiche e dei problemi, della costruzione e del progetto scientifico del ricercatore.

Nulla di compilatorio in esso. Piuttosto, come vedremo subito, una intuizione di fondo, una ipotesi di lavoro che l'esame diligente e intelligente sulle fonti sostiene, e il filo dell'indagine che si dipana limpido e rigoroso. Un primo chiarimento: si tratta di un 'corso' situato — per autoconsapevolezza — all'interno di un universo di cultura giuridica concepito ben unitario malgrado le sue sfaccettature; un 'corso' redatto in modo da essere sentito dallo studente d'una Facoltà di Giurisprudenza come armonicamente vicino agli altri 'corsi' giuridici rivolti ad illustrare i vari aspetti del diritto positivo. Le pagine sono tutte infatti in denso rapporto colloquiale con il romanista, il civilista, il commercialista, avvertiti tutti come commensali di uno stesso tavolo e coinvolti nella stessa avventura scientifico-didattica.

Uno storico del diritto, dunque, il Santarelli ben rinserrato — e compiaciuto di esserlo — entro la nicchia della scienza giuridica, nella quale si muove con la disinvoltura e la familiarità che si hanno soltanto a casa propria. Con un carattere marcato: il richiamo al diritto vigente e alla riflessione giuridica vigente (realtà che l'Autore domina in modo provetto) è costante, e costante il contrappunto fra passato e presente. Anche se qui si deve registrare qualche eccessiva indulgenza e conseguentemente qualche appesantimento per la linea dell'itinerario almeno sotto il profilo didattico, il richiamo non è mai elemento d'ingombro per la libertà dello storico, ma piuttosto strumento di affinazione per una analisi storico-giuridica che nella comparazione trova un suo momento di intensificazione. La consapevolezza del presente, rendendo nitido il panorama nella sua composita diversità, contribuisce ad avvivare lo sguardo del contemplante. E lo storico, che è tale solo se è un uomo vivo nella pienezza e ricchezza della sua contemporaneità con l'oggi, può mettere a fuoco con precisione i suoi occhiali e fissare più robustamente il paesaggio di ieri.

L'orizzonte è quello additato e auspicato nel paragrafo precedente: il laboratorio del giurista con il suo banco folto di arnesi tecnici. Fra questi, i negozi giuridici irregolari, o, come preferirebbe dire Santarelli, l'irregolarità come categoria del negozio. Siamo esattamente al centro

di un strumentario specifico e infungibile che ha tutta l'esotericità di una suppellettile da alchimista.

Irregolare, irregolarità son termini e concetti del linguaggio corrente che subiscono nel laboratorio giuridico una trasformazione sostanziale, quasi una palingenesi: dal terreno basso della genericità approdano a un più alto livello di tecnicità esasperata. Se l'uomo della strada può fare, senza troppe conseguenze negative, un fascio indistinto di concetti come invalidità, inefficacia, irregolarità, ciò è vietato al giurista che, nella sua grammatica ordinante il mondo dei rapporti sociali, ha profondamente separato e distinto. All'interno del suo sapere tecnico, della sua lettura tecnica di quel mondo, invalidità inefficacia irregolarità, lungi dall'esser sinonimi o quasi, individuano un diverso atteggiarsi e conformarsi degli atti giuridici e della loro vita. Se l'invalidità ne sottolinea una intrinseca carenza che impedisce la perfezione dell'atto e lo condanna a una sanzione, e l'inefficacia una incidenza esteriore sull'atto perfetto che ne impedisce il suo dispiegamento nella vita, l'irregolarità è ancora altra cosa: è lo sfuggir d'un atto dalla sua regola, lo svincolarsi dai suoi confini usuali e consolidati per penetrare disinvoltamente nei confini d'un altro e appropriarsi di elementi e qualità di quest'ultimo; un ghetto di esseri diversi ed ambigui che l'ordinamento non può non qualificare come anomali anche se non ritiene di doverli colpire con le scuri dell'invalidità e dell'inefficacia. Esempio di scuola fin dal tempo dei classici ne è il deposito irregolare, cioè quel deposito di cose fungibili, con conseguente trapasso temporaneo di proprietà e obbligo alla restituzione del *tantundem*, un rapporto che, come già si annotava in un testo celebratissimo e citatissimo di Papiniano, 'egreditur depositi notissimos terminos'.

Astruserie alchemiche di un ceto di giuristi dedito a merletti e ricami che non hanno riscontro nella realtà effettuale, e pertanto perfettamente inutili? Soltanto un approccio estremamente grossolano potrebbe arrivare a una simile conclusione. L'orditura tecnica, nel suo gioco inventivo di confinazioni distinzioni precisazioni, cotsituisce un momento rilevante del sapere giuridico come sapere ordinante, rappresenta la adeguata risposta a quell'ansia definitoria — definitoria in senso lato, definitoria nel senso di ordinatoria — che è l'esigenza prima di ogni scienza giuridica, da che il mondo ha sviluppato un grumo anche minimo di civiltà. Solo che l'universo del giurista è una realtà meta-fisica, fatta di segni non sensibili, ed è più difficile percepire il valore delle speculazioni che su di essa si fondano e si edificano. Ma non è meno effettiva e meno credibile: pur nella sua veste singolare di pagina scritta a inchiostro simpatico per gli occhi dell'uomo comune, è pur essa inscritta nella cosa, è un grande mondo di segni che chiede al giurista di essere organizzato, ordinato, definito; e il giurista risponde alla chiamata con le sue invenzioni tecniche che corrispondono ben spesso a esigenze presenti e pressanti nella ontologia della sua meta-

fisica realtà e ne rappresentano la traduzione in termini di scienza, della sua scienza, quella che il ceto dei giuristi si è via via costruito attraverso un immemorabile svolgimento di tempi e di civiltà.

L'irregolarità di un atto, come problema concettualmente separato dalla invalidità e dalla inefficacia, come problema di regolamento di confini fra un tipo contrattuale e un altro, come soluzione che affonda nella ' natura ' del contratto e la stravolge serbandolo pur sempre di esso la fisionomia essenziale, quella che i dottori chiamano la *substantia*, l'irregolarità ha un indiscutibile ed enorme valore conoscitivo ed è architettura che nasce e pesca nelle strutture concrete dell'universo giuridico.

Il ' corso ' di Santarelli ha il primo merito di seguire con attenzione, con provveduta attenzione, la grande *iurisprudencia* di diritto comune in questo suo ricco e complesso itinerario intellettuale, di valorizzarne in ogni sua piega la dimensione appunto astrattamente conoscitiva. Ed ha anche un secondo grosso merito — grosso sul piano di una compiuta storicizzazione —, che è quello di non essersi arrestato a questo punto e di essersi domandato se, per avventura, l'affaticarsi sulla natura del contratto di deposito — come di un chirurgo sulla *facies* di un personaggio — non celasse esigenze contingenti della società medievale e post-medievale corrispondendo a interessi precisi di ceti e potentati.

Prende qui forma, come prima si accennava, l'ipotesi di lavoro dominante l'intero volume, e l'irregolarità da figura preziosa della geometria descrittiva dei giuristi si arricchisce di caducità e vivacità umane, si storicizza, diventa anche specchio della vita economico-sociale con le sue miserie e le sue contraddizioni. Il deposito irregolare — è questa la figura cui Santarelli guarda —, l'affaticarsi dei giuristi per far restare entro i confini del deposito il trapasso di cose fungibili (la *pecunia*, innanzi tutto) fra un soggetto e un altro, il tentativo accanitamente perseguito di impedire che si operasse in tal modo uno snaturamento da deposito a mutuo, la costruzione giuridica, insomma, di un deposito irregolare ha anche una ragione che lo storico del diritto non deve misconoscere ed « è da ricercare nell'affermarsi e svilupparsi di una ' società di mercanti ' e nella conseguente necessità di eludere o — diciam meglio —, di storicizzare l'antico divieto delle usure: nasceva di qui la necessità di ' creare ' un contratto che non fosse mutuo, per non incorrere in quei divieti che erano esplicitamente connessi con il mutuo » (2).

L'ipotesi è suggestiva e suadente. Alla sua luce il discorso storico-giuridico di Santarelli in tema di irregolarità, che qualcuno — fuorviato dal titolo non felicissimo — avrebbe potuto ritenere quasi *dogmengeschichtlich*, diventa interpretativo dell'intera società medievale e

---

(2) SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., p. 140.

post-medievale nelle sue più riposte fondazioni religiose ed etico-economiche. E il 'corso' assume il carattere di verifica di quanto si diceva nel primo paragrafo di questo scrittarello: una adeguata conoscenza 'tecnica' — nel nostro caso quella che guida il 'giurista' Santarelli nei meandri non facili della anatomia del contratto — è un sentiero che conduce a diversi e più elevati piani di osservazione e di penetrazione, quello conoscitivo e quello ideologico. L'invenzione del contratto irregolare ha un indubbio valore definitorio, ma si rivela, più che sottigliezza sovrastrutturale, ben calata nel tessuto economico d'una intensa società mercantile. Accanto al valore definitorio si aggiunge un valore speculare: come in uno specchio vi si rifrange un intero mondo convulso di preti e di mercanti, di ingerenze religiose e di resistenze economiche, di circolazione di capitali e di diagnosi consapevoli di un ceto di giuristi. E gli arnesi tecnici dimostrano la loro validità di adeguati strumenti di storicizzazione, consentendo allo storico del diritto (che sappia il proprio mestiere) di arrivare indenne e puntualmente, senza pagare il tributo pesante della retorica e del vaniloquio, al territorio delle ideologie e di colpire nel segno con precisione. Anche il tanto dileggiato e incompreso istrumentario tecnico dei giuristi appare una salvaguardia efficace della vita sociale e pretende la comprensione anche dal non iniziato. È per questo che, costruito com'è su una simile intuizione di fondo, malgrado una certa forzatura che l'autore vi opera sopra, il 'corso' di Santarelli appare metodologicamente esemplare e volentieri lo addito all'attenzione dei colleghi storici del diritto e di tutti i giuristi.

Se ritengo un peccato veniale l'ingigantimento e l'irrigidimento della intuizione basilare a filo conduttore di tutto il 'corso' giacché è, nella sostanza, esatta e storicamente provvida, riserve più corpose eleverei sulla intitolazione e, conseguentemente, sulla intelaiatura che Santarelli ha voluto gettare sul materiale storico così puntualmente identificato. Il titolo mi sembra infatti peccare per eccesso, enuncia una promessa più ampia di quanto il contenuto offra, e mi sembra non corrispondere a un esame passionato delle fonti con quel riferimento impegnativo alla categoria e alla categorizzazione da parte della *scientia iuris*.

Innanzitutto, mi consenta l'amico Santarelli di rilevare che il suo 'corso', più che ai contratti irregolari, deve considerarsi dedicato al deposito irregolare: l'autore è dominato da questo schema contrattuale ed è pensando al deposito che egli lo conduce innanzi e costruisce la sua ipotesi. Si accenna anche ad altre figure contrattuali ma il pensiero dominante resta uno solo. E si giustifica la scelta nella ribadita convinzione che sia il deposito a fornire « l'archetipo su cui la categoria dei contratti irregolari si è formata », il deposito irregolare « 'primo nato' della categoria stessa » (3).

---

(3) SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., p. 121.

Nessun dubbio sulla consistenza che questo rapporto anomalo ha nella società del tardo medioevo; se ne avessi, cadrebbe l'ipotesi di Santarelli e non avrebbe senso l'elogio meritatissimo che ho tributato alla sua ricerca; qualche dubbio nutro invece sulla sua funzione di archetipo assoluto e sulla sua primogenitura. È vero: già Papiniano e i classici sottolineavano nel deposito e nei suoi vari assetti un problema di struttura e di confini, e i bizantini ponevano in evidenza proprio puntando il dito sul deposito la elasticità della nozione di natura del contratto. Intorno al deposito insomma v'era, nel *Corpus iuris*, all'attenzione dei primi Glossatori un materiale che doveva destar subito il loro occhio penetrante per la sua fertilità ad esser trapiantato e utilizzato nel pre-capitalismo medievale. È la tesi di Santarelli, cui non ho difficoltà ad aderire. Né ho difficoltà a riconoscere, da questo angolo d'osservazione, nel deposito, proprio in nome di una lunga tradizione scientifica che recava ai Glossatori un materiale già sminuzzato, un valore archetipico rispetto a contratti come la *societas*, la *locatio*, il *comodatum*. Ma comincio ad avere perplessità quando mi imbatto nel contratto feudale, rampollato dalla prassi e in essa adagiato, impastato sempre di consuetudine e perciò cangiantissimo nelle confinazioni, con un problema perenne di volto strutturale; un contratto che l'ha fatta da padrone nella pratica di tutto l'alto medioevo, che continua — pur trasformato — a fungere da tessuto organizzativo della vita quotidiana del basso medioevo; più che un contratto, un modo d'essere dell'intera civiltà medievale; e pertanto familiarissimo a Glossatori e Commentatori. Si noti: per esso già nei *Libri feudorum* emergeva il problema fondamentale delle sue irregolarità se, accanto al titolo VII che parla 'de natura feudi', si era sentito la necessità di trattare con autonomia e con una forte sottolineatura, al titolo XLVIII, 'de feudo non habente propriam feudi naturam'.

Si dirà tuttavia essere il feudo « materiam rudem, specialem et propriam, extraneam et separatam multimode a iure communi » (4), ma sarà facile replicare che l'esame delle fonti dimostra esattamente il contrario. Non esiste soltanto il martellio continuo della letteratura feudistica con una linea incessante che arriva fino all'Alvarotti, a Franceschino Corti, a Zasius, ma, al contrario, lungi dall'esservi preclusione, si è sempre attinto copiosamente alla materia feudale come materia sintomatica per trarvi conclusioni estendibili anche ai contratti della tradizione strettamente romanistica. Le precisazioni offerte da Baldo nel suo commento agli *Usus feudorum* (5) o a testi delle Decretali in

(4) JACOPO DA BELVISO, *Apparatus in usus et consuetudines feudorum...*, Coloniae, 1563, Praefatio, in principio.

(5) Dei grandi *In usus feudorum commentaria* (Lugduni, 1566) si vedano soprattutto il testo di Proemium, n. 46, nonché i commenti al §. Et quia vidimus, n. 11 del titolo De his qui feudum dare possunt, e al §. Si quis miles, n. 1 del titolo De feudo non habente propriam feudi naturam.

materia <sup>(6)</sup>, o certi suoi pareri in campo strettamente feudale <sup>(7)</sup>, proprio per la stringente analisi cui sottopongono la nozione di natura del contratto, sono una fonte di grosso rilievo anche per la civilistica e arrivano intatte a contribuire alla grande sistemazione civilistica di Francesco Mantica, ai primi del Seicento <sup>(8)</sup>. Chi ha pratica della dottrina di diritto comune sa bene che in questa complessa realtà corale le sezionate rigide sono indebite, che un buon civilista, proprio in quanto tale, ha da essere un canonista e un feudista (l'esempio di Baldo è lampante), e che la materia feudale, almeno nella sua veste preziosa di occasione e stimolo alle teorizzazioni dei giuristi, è pane quotidiano anche del civilista e del canonista.

Non voglio, con ciò, rivendicare al feudo un valore di archetipo e una condizione di ' primo nato '. Voglio soltanto dire che, a mio avviso, lo sguardo, se voleva abbracciare l'osservatorio ampio dei contratti irregolari, doveva estendersi fino a ricomprendervi almeno l'esame della problematica del contratto feudale, che è viva proprio in tema di irregolarità, di strutture contrattuali esorbitanti la normale natura. Nel contratto feudale, per ragioni storiche affatto diverse da quelle che giocano nel deposito, lo stesso tema, lo stesso nodo di problemi, quello della natura del contratto e dei *pacta contra naturam contractus*, è esaltato nella maniera più intensa; e se, come lo stesso Santarelli non può non riconoscere, l'irregolarità è nulla più che « una variazione consensuale dei *naturalia contractus* » <sup>(9)</sup>, il discorso storico-giuridico si sarebbe indubbiamente arricchito e sfaccettato.

Il nostro valente autore si è lasciato forse un po' troppo condizionare da un'ottica romanistico-civilistica e da quel termine ' irregularis ' - ' irregularitas ' usati soprattutto in rapporto agli schemi di stampo romanistico (deposito, comodato, società, locazione). Al di là delle forme e dei *flatus vocis* il problema sostanziale dell'irregolarità è tuttavìa un problema di conoscenza giuridica che investe una gamma va-

<sup>(6)</sup> P.e., cfr. BALDO, *In Decretales subtilissima commentaria*, Venetiis, 1571, ad c. Quae in ecclesiarum. De constitutionibus (X, 1, 2, 7), nn. 40, 42, 43, 47, 48, 55; ad c. Cum ordinem. De rescriptis (X, 1, 3, 6), n. 13; ad c. Inter dilectos. De fide instrumentorum (X, 2, 22, 6).

<sup>(7)</sup> Cfr. soprattutto BALDO, *Consiliorum sive responsorum volumen primum*, cons. CCCXLIII, n. 4; cons. CCCLII, princ.; cons. CCCLIII, n. 2 ... *volumen secundum*, cons. CCLXXV, princ. e nn. 3 e 9, Venetiis, 1575.

<sup>(8)</sup> Francesco Mantica (1534-1614), allievo del Deciano, fu professore a Padova e uditore di Rota per la repubblica veneta, indi cardinale. La sua fama è legata alla felice e fortunata sistemazione scientifica di vitali materie del diritto privato come quella dei contratti e quella degli atti di ultima volontà. Nel testo si fa riferimento alle *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus ...*, Romae, 1609, opera di poi frequentemente ristampata. L'utilizzazione determinante dei passi del Baldo feudista citati alla nota precedente può constatarsi soprattutto in lib. I, tit. XIII, nn. 4, 5, 10. Sul Mantica cfr. M. PETTOELLO, *Un giureconsulto udinese del sec. XVI*, in *Bollettino della Civica Biblioteca e Museo di Udine*, III (1909).

<sup>(9)</sup> SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., p. 178.

stissima di figure contrattuali (non seconda a nessun'altra, il feudo), che può investire ogni contratto nella sua vicenda sociale, e chiede pertanto di essere tracciato nel suo continuo ampliarsi e coinvolgersi nel tema più largo della *substantia* e della *natura contractus*, della struttura secreta del contratto, un tema cardine della riflessione giuridica dei dottori e della loro teoria del contratto, rispetto alla quale l'irregolarità si pone in rapporto di dipendenza logica e tecnica e della quale costituisce un tassello non scomponibile. Ho la consapevolezza che il profilo dell'irregolarità come problema generale possa difficilmente essere separato e autonomizzato, perché rappresenta uno dei risultati d'una certa analisi strutturale, d'una certa 'filosofia' del contratto che è, per l'appunto, quella che oggi chiameremmo dottrina generale del contratto e che i dottori mettono a punto con dovizia di fondazioni teoretiche nella articolatissima riflessione dei Commentatori e dei tardi Sistemati, è di essa un'appendice e una propaggine ma senza vita propria e sempre motivata e plasmata da un'analisi teoretica basilare, che sta al fondo e che determina tutte le manifestazioni. Un problema generale di irregolarità contrattuale è niente altro che un problema di plasticità della natura contrattuale intesa come un *quid* ontico distinto dall'essenza o sostanza. Il tema generale dell'irregolarità è, né più né meno, quello della costituzione più riposta del contratto che preme alla superficie e si manifesta nitidamente nelle soluzioni date dall'ordinamento alle figure anomale ed ambivalenti.

Altro è il discorso da fare per questo o quel contratto irregolare, che ha la sua autonoma ragion d'essere nel tessuto dell'esperienza, che può essere correttamente ritagliato dal fascio innumerevole delle figure contrattuali nell'assetto specifico che rappresenta, nel gioco di interessi di cui consente l'emersione, nella conchiusa specifica definizione grammaticale della realtà sociale che porta a compimento. Per il deposito irregolare, ad esempio. Ed è per queste considerazioni che, al di là della volontà dell'autore, mi piace cogliere questo 'corso' per quel che nella sostanza è: una eccellente ricerca sul deposito irregolare<sup>(10)</sup>. E qui, nell'analisi positiva dello schema contrattuale lungo la riflessione giuridica e nelle trame della società tardo-medievale, Santarelli merita tutti gli elogi che, con sincerità di lettore distaccato e non certo con benevolenza di amico, mi son sentito in dovere di tributargli, additando le sue pagine come un esemplare esperimento didattico-scientifico, anche a livello di metodologia storico-giuridica.

Dicevo più sopra che l'irregolarità, nella analisi del diritto comune classico ma con un orientamento che irretisce anche la tarda sistema-

---

<sup>(10)</sup> Lo dimostra Santarelli stesso nella messa a fuoco del 'corso', che è puntata sempre (o quasi) sulla dialettica deposito-mutuo. Ciò è confermato indirettamente anche dalla opportuna raccolta di fonti in calce al volume, fonti che vertono tutte su casi di deposito irregolare.

tica (penso soprattutto al principe di questi giuristi, il Mantica), non mi appare il tassello scomponibile di una ben precisa teoria generale del contratto né emerge come una dimensione teoretica munita di autonomia e oggetto autonomo di riflessione. In altre parole, non esiste l'irregolarità; esiste piuttosto questo o quel contratto irregolare, ossia esiste una irregolarità soltanto se calata all'interno di uno schema contrattuale positivo. Se sopra ho usato anch'io il sostantivo astratto, l'ho fatto senza impostarvi alcun pregiudizio teorico e intendendo con esso assai semplicemente la qualità d'un assetto giuridico concreto. Ed ecco il secondo punto di dissenso con Santarelli, strettamente connesso al primo: la nozione di irregolare non ha subito, almeno nel diritto comune, un'opera di categorizzazione; a quel contesto di esperienza giuridica è estranea una categoria della irregolarità.

La categorizzazione è più in alto e concerne la struttura intima del contratto. È qui, e soltanto qui, che la vena teoretica di personaggi speculativamente dotati come Baldo si sbizzarrisce; è qui e soltanto qui che il più forte ingegno sistematore del *mos italicus*, il giureconsulto udinese Francesco Mantica, fissa e delinea con mano sicura il tratto semplice e portante della sua teoria generale del contratto.

Che si sia nel vero è proprio il Mantica a dimostrarlo. Le sue 'Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus' appaiono a Roma nel 1609 e costituiscono la *summa* e la sistemazione definitiva di tutti i mille spunti e approfondimenti teoretici, di tutti gli abbozzi sistematorii stratificatisi in cinque secoli di *interpretatio* giurisprudenziale. Con Mantica abbiamo un sicuro e fedele sguardo sintetico retrospettivo composto e irrobustito nella sintesi operata da una personalità di eccezionale talento teoretico; con Mantica abbiamo un sistema dal volto compiuto e storicamente fondato, abbiamo senz'altro una vera e propria teoria generale del contratto. Orbene, se lo seguiamo nelle linee semplici e scarne ma armoniose in cui identifica i momenti teorici essenziali della struttura contrattuale, se lo seguiamo nella operazione fortemente unitiva che è propria del sistematore di gran rango, non riusciamo a cogliere nulla a livello di irregolarità. Tutto si gioca in una scansione tricotomica, in cui si individua il segreto vitale del contratto: la *substantia*, la *natura*, gli *accidentalia*, una scansione certamente non improvvisata ma che Mantica raccoglieva dai rivoli doviziosi del grande commento italiano e che, ben più in là dei giuristi, aveva le sue radici, come si vedrà fra breve, in remote scaturigini filosofiche e teologiche. Il contratto — è ormai legittimo usare il sostantivo al suo singolare —, appare con chiarezza una realtà con una sua ossatura imprescindibile e inmodificabile a pena di annientarsi (la *substantia*), un rivestimento di carne attorno a queste ossa che ne costituisce l'aspetto normale e la regola ma che è suscettibile di modificazioni (la *natura*), un cumulo di circostanze estrinseche che quella realtà incontra nella sua vicenda ma che sono destinate a incidere sol-

tanto marginalmente e superficialmente lasciando intatta l'ontologia del contratto (gli *accidentalìa*).

Qui la concettualizzazione è rigorosa, fermissima; e Mantica, al termine di un lungo itinerario, ha la forza e la consapevolezza per compierla ponendosi alcuni interrogativi minimi e massimi che mostrano un discorso ormai ridotto all'essenziale, decantatissimo, purificato: 'quae sit substantia contractus'; 'quae sit natura contractus'; 'quae sint accidentalìa contractuum'. Con i primi due riferimenti — *substantia* e *natura* — siamo ben al di dentro dell'ontologia del contratto, e il singolare, usato non a caso, sta a segnalarlo segnalando l'intensità del grado di astrazione che il giureconsulto vi ha posto: ogni contratto, *il* contratto, è una realtà complessa fatta d'un modo essenziale inattaccabile dal divenire dell'esperienza che ne fornisce una tipicità prima, e d'un suo tratto parimente tipizzante ma a un livello meno profondo e che è legato al divenire del contratto nella storia. *Substantia* e *natura* costituiscono comunque realtà endo-strutturali, realtà che appartengono — anche se a diversi livelli — al meccanismo interiore, al profondo della struttura giuridica e in essa compenetrata; sono, invece, gli *accidentalìa* che si proiettano dal di fuori <sup>(11)</sup> e che riescono a incidere soltanto la quotidianità dei varii contratti; e il plurale, qui accortamente usato a differenza di prima, sta a segnalare una vicenda all'insegna della relatività, che tocca gli aspetti transeunti, che può verificarsi o meno, che comunque non turba il volto duplice del contratto così come la *substantia* e la *natura*, nel loro combinarsi, arrivano a formare.

La categorizzazione, per quel che qui ci interessa, è una sola e suprema: *natura contractus*, il canone su cui e con cui misurare regolarità e irregolarità. La categorizzazione investe cioè l'ontologia del contratto, mentre regolarità e irregolarità restano delle qualità consequenziali da verificare in ogni singola specie contrattuale. Come dicevo più sopra, l'irregolarità (identico discorso vale per la regolarità) è non una categoria ma una qualità empirica che si cela nella nicchia del singolo tipo contrattuale: un mondo di creature deformi che non sono cancellabili, cui l'ordinamento per suoi fini e interessi concede di vivere, ma che nasconde nei confini di questo o quel tipo malgrado la riottosità di quelle creature ad esservi contenute. Non esiste l'irregolarità come dimensione astratta, una categoria, ma esistono nell'esperienza le sin-

---

(11) Questa estrinsecità è bene espressa dallo stesso Mantica, quando, a proposito degli *accidentalìa*, afferma: « quae naturam contractus non attingunt quaeque extranea et separata dici possunt » (*Vaticanae lucubrationes*, cit., lib. I, tit. XIV, princ.); ma si veda anche il complesso commento di Baldo alla l. *Pacta conventa*, dove i *pacta accidentalìa* sono qualificati « extranea et dissepata » (BALDO, *In secundam Digesti veteris partem commentaria ...*, Venetiis, 1586, ad l. *Pacta conventa*. De contrahenda emptione (D. 18, 1, 72).

gole strutture contrattuali irregolari, e si ha pertanto un deposito irregolare, un comodato irregolare, un feudo irregolare, e così via.

Sotto questo profilo mi sembra decisamente sforzata l'interpretazione che Santarelli dà a un testo del civilista cinquecentesco Giovanni Bolognetti (1506-1575), che ai miei orecchi suona assolutamente banale. Il Bolognetti, riferendo un insegnamento del suo maestro Lorenzo Dal Pino, parla di schemi contrattuali anomali in cui si incarnano il mutuo e il comodato irregolari, una dazione di danaro in mutuo perché siano restituiti gli stessi pezzi monetari, una concessione in comodato perché sia restituito il *tantundem*, e aggiunge: «et sic de omnibus contractibus» (12). Che è precisazione ovvia ed innocua, e soprattutto di nessuna portata teorica; è, all'incirca, la stessa precisazione che facevo qualche rigo sopra quando accennavo alla possibilità di deformazione empirica (sottolineo: empirica) di ogni natura contrattuale sì da generare uno, dieci, mille, infinite controfigure contrattuali irregolari. Un fascio di contratti irregolari, un numero *non clausus* anzi apertissimo, che resta tuttavia un fascio slegato o relativamente legato, che non diviene mai categoria, come — a mio avviso, forzosamente — vorrebbe Santarelli. Al contrario di quello che il mio caro e valentissimo amico pensa e deduce, quella precisazione di Bolognetti/Dal Pino: «et sic de omnibus contractibus», ha più un carattere relativizzante che assolutizzante, disperde l'irregolarità in una diaspora infinita di figure anziché fissarla in una categoria unitaria.

Dove l'*irregularitas* emerge — e qui Santarelli ha ragione — è in una dissertazione discussa l'8 giugno 1676 dal norimberghese Johan Paul Fetzer nella Università tedesca di Altdorf, una dissertazione che ha un titolo significativo: «De irregularitate contractuum» (13). Tralascio che si tratta di un illustre sconosciuto e di una di quelle dissertazioni del Sei-Settecento tedesco, dalle quali si può collezionare una incredibile quantità di bizzarrie e di fantasiosità. Pur dando credito a Fetzer, non si può non constatare che il terreno culturale da cui proviene la sua voce è ormai assai lontano e separato da quello del diritto comune. Le sue concettualizzazioni sono il portato del clima dell'*usus modernus*, un clima sostanzialmente nuovo rispetto a quello di commentatori e sistematici del vecchio *ius commune*. Dando credito a Fetzer, non di un 'saldo' (14) si tratta, come dice Santarelli, ma di una voce nuova proiettata per l'innanzi. Non l'ultimo anello d'una catena, bensì il primo d'una concatenazione che porta ai tentativi moderni più o meno riusciti di costruzione d'una categoria dei contratti irregolari.

(12) Cfr. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., p. 166 ss.

(13) SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., p. 180.

(14) Sono parole di Santarelli (*op. cit.*, p. 180); il titolo infatti del §. 4 del capitolo quinto suona in siffatta maniera: «Un 'saldo' significativo: la disputatio inauguralis di Johan Paul Fetzer».

III. Lasciando il 'corso' di Santarelli a quel successo nelle scuole che certamente gli arriderà, vorrei corroborare il discorsetto metodologico che la lettura del 'corso' mi aveva consentito di introdurre nel primo paragrafo tornando su un tema appena accennato ma che permette di cogliere il nesso spesso esistente fra dimensione culturale e invenzioni tecniche del giurista e, conseguentemente, il grosso valore espressivo che queste serbano per lo storico al di là della loro utilità di arnesi d'un laboratorio specializzato e soprattutto al di là di certe disarmanti e deterrenti apparenze.

Il tema è quello delle nozioni di *substantia*, di *natura*, di *accidens* applicate al *contractus*, tema che, come avrà subito avvertito chi ha un minimo di pratica con le elaborazioni della vecchia civilistica, sfocia nella tripartizione — inveterata e tralatizia fino a ieri — degli elementi del contratto in sostanziali/essenziali, naturali, accidentali.

Giova soffermarsi sui primi due, giacché, liminalmente, è la distinzione che suona più estenuata e rarefatta, che può sembrar tutta cervellotica, per vedere se, al di là dello schermo delle apparenze, non si celino delle forti ragioni a fondare le sottigliezze dei giuristi; con la doverosa avvertenza che, in questa sede, il tema rilevante e difficile e pieno di meandri suoi complicatissimi sarà appena sfiorato — e ne ho piena consapevolezza — col solo scopo di trarne qualche indicazione di metodo.

Con la tripartizione si è al cuore di una teoria generale del contratto, poiché con essa si tenta una comprensione della struttura intima del contratto, del contratto come sintesi e modello di ogni specifica fattispecie contrattuale: il nucleo più riposto, i *substantialia*; uno strato meno profondo ma sempre ben compenetrato nella struttura, i *naturalia*; una epidermide estrinseca e fuggevole, gli *accidentalialia*. Con l'ulteriore insegnamento consolidato che, mentre i primi non sono suscettibili di modificazione da parte della volontà dei contraenti a pena della nullità dell'atto o del transito da uno ad altro tipo contrattuale, i secondi possono — a certe condizioni ed entro certi limiti — essere consensualmente modificati.

Una simile sistemazione, così come la constatiamo ancora vegeta alle frontiere estreme del diritto comune nel trattato diffusissimo del piemontese Richeri<sup>(15)</sup> e nelle 'Pandette' di Arndts<sup>(16)</sup>, così come è ricevuta nella civilistica italiana moderna, è frutto della riflessione dei dottori dello *ius commune* con una elaborazione che impegna ininterrottamente Glossatori, Commentatori e Sistemati, da Rogerio (sec. XII) a Baldo (sec. XIV) al Mantica (sec. XVII). Le smentite vengono soltanto da un filone di pensiero giuridico rigorista, in una linea che

<sup>(15)</sup> Tommaso Maurizio RICHERI, *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, Taurini, 1827, t. IX, lib. III, tit. V.

<sup>(16)</sup> Ludwig ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, trad. da F. Serafini, Bologna, 1877, vol. I, p. 115.

corre diritta da Cujacio <sup>(17)</sup> a Windscheid <sup>(18)</sup>, e si motivano doppiamente: su un piano esegetico, giacché la tripartizione è estranea alle fonti classiche dove *substantia* e *natura* si equivalgono; su un piano ideologico, giacché questa aggiunta di una *natura* modificabile alla *substantia* imm modificabile confonde il voluto col non-voluto e turba una visione nettamente individualistica del contratto <sup>(19)</sup>.

Qual'è il significato della dialettica *substantia-natura*, quasi della loro contrapposizione logica, che è una dignità universalmente accettata dai dottori? E su quali basi essa si legittima nel loro universo di discorso? Sottigliezza tecnica affidata all'estro di un *doctor* autorevole e fantasioso? O segno, nella grammatica dei giuristi, di attingimenti *al di sotto e al di là?*

'Natura' è uno di quei termini/nozioni insidiosissimi, suscettibile dei contenuti più varii e difformi e riferibile e riferito agli oggetti più diversi. Ne sono consapevoli per primi i *doctores*, che amano anzi — secondo il loro costume scolastico — annotarne prolissamente tutte le possibili significanze; ma nella dialettica *substantia/natura* il termine/ nozione applicato alla configurazione di un istituto giuridico perde tutta la sua ambivalenza, recupera in nettezza, ha contorni definiti. Sotto un solo profilo *substantia* e *natura* sono accomunabili: con esse

<sup>(17)</sup> Giuseppe Averani (1662-1738), un giureconsulto fiorentino che insegna lungamente a Pisa e che è seguace sensato e avveduto della metodologia cujaciana, ci riferisce con sguardo retrospettivo intorno alle nuove conclusioni maturate Oltralpe: «doctissimus Cujacius et cum eo eruditiores fere omnes interpretes naturam cuiuslibet actus substantiam et essentiam eius interpretantur, et cum Papiniano in l. Pacta conventa 72. ff. de contrahenda emptione statuunt contractus constare substantia et adminiculis» (AVERANI, *Interpretationum iuris libri quinque* ..., Lugduni, 1751, lib. IV, cap. XII, n. 1). Ma egli stesso aggiunge subito (*ibidem*, n. 2): «reprehendit [Cujacius] etiam veteres quod in contractibus tria considerent: substantialia, naturalia, accidentalia. Ego contra non ausim illos reprehendere, imo hanc distinctionem ad docendum et ad exponendas contractuum proprietates utilissimam esse arbitror et a vero non alienam». Almeno sul piano didattico e, come più sotto aggiunge, sul piano della costruzione sistematica del diritto civile ('disciplinæ causa') la distinzione appare di indubbia utilità.

<sup>(18)</sup> Bernhard WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. di C. Fadda e P. E. Bensa, vol. I, pt. I, Torino, 1902, §. 85.

<sup>(19)</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., vol. I, pt. I, §. 85, nota 1: «se come terzo membro della partizione si aggiungono i *naturalia negotii*, per cui si significano quegli effetti del negozio giuridico, che il diritto ad esso connette, anche senza che siano specialmente disposti... s'affaccia tosto, contro questa tradizionale partizione, l'obbietto, che essa mette a fascio il voluto ed il non voluto». E aggiunge eloquentemente: «il solo modo di sfuggire a questa obiezione è, il dire, che il diritto, nello stabilire quei *naturalia negotii*, dà forza, se non alla volontà effettiva (consapevole), almeno alla volontà propria delle parti, non facendo che esprimere quanto le parti avrebbero espresso, se avessero tratto appunto questo caso nel campo delle loro disposizioni». Dove i '*naturalia negotii*', o sono ridotti — in una interpretazione rigorosamente volontaristica — a volontà presunta, o sono un non-senso.

siamo all'interno del contratto, del quale sono connotazioni strutturali; mai affidate al caso o a circostanze estrinseche o all'arbitrio d'un soggetto esse ineriscono alla sua struttura obbiettiva <sup>(20)</sup>, sono forze interiori native <sup>(21)</sup> che nel loro combinarsi danno vita e vitalità alla figura giuridica.

Però resta un discrimine supremo: « ista sunt diversa, quia substantia est immutabilis, sed natura potest mutari et alterari » <sup>(22)</sup>. E la ragione è eminentemente teoretica. Forse Baldo, in grazia del suo talento speculativo e della sua cultura spiccatamente filosofica, è il giureconsulto che la coglie e la fissa con maggiore lucidità e chiarezza: « est autem substantia id quo primum res aliquid est. Natura, qua primum res talis est... Substantia ponit rem in quidditate, natura ponit eam in qualitate et differentia » <sup>(23)</sup>.

È un testo di rara penetrazione, che mostra efficacemente le fondazioni in cui pescano le sottigliezze tecniche dei giuristi. *Substantia* e *natura* — già lo sappiamo — ineriscono alla struttura, appartengono alla ontologia dell'istituto giuridico ma riposano a diversi livelli di profondità strutturale, la prima incide sulla *quidditas*, la seconda sulla *qualitas*, la prima si identifica con il nucleo insopprimibile senza il quale l'istituto non è, la seconda con quei tratti qualitativi che consentono all'istituto di esistere con taluni caratteri e non altri, di svolgere certe funzioni e non altre. Si tornerà fra breve sulle radici di questo robusto discorso di Baldo, ci si appaghi per ora della valenza squisitamente filosofica in cui si colloca sottolineata da quel termine 'quidditas' di derivazione non equivoca: la dialettica *substantia-natura* è la stessa dialettica che sussiste fra essenza ed esistenza, fra una dimensione interna dell'istituto inattaccabile dalla storia e rigida come la più riposta ossatura, e una dimensione parimente interna ma sensibilissima al divenire, che garantisce storicità all'istituto, lo immerge nel grembo stesso della storia, ne fa un esempio di storia vivente.

Si badi: lo immerge nella storicità, non nella quotidianità. Non saranno mai gli episodi ad affiorare al rango di natura ma unicamente al rango di accidenti. Il messaggio dei dottori è su questo punto uni-

<sup>(20)</sup> « natura est id quod per se inest » (BALDO, *In Decretales*, cit., ad c. Inter dilectos, cit., n. 8); « illa dicitur natura quae origini perfectae cohaeret per se ipsam et non per accidens » (BALDO, *In Decretales*, cit., ad c. Per tuas. De probationibus, n. 4 (X. 2, 19, 10); « est nam natura ipsis rebus inhaerens dispositio per se, non per accidens ortum habens » (BALDO, *In Decretales*, cit., ad c. Cum ordinem, cit., n. 13); « natura ergo est quid a principio connexum et non per accidens subsecutum » (BALDO, *In usus feudorum*, cit., Prooemium, n. 46).

<sup>(21)</sup> « natura contractus intrinsecus inest omnibus contractibus » (MANTICA, *Vaticanae lucubrationes*, lib. I, tit. XIII, n. 7).

<sup>(22)</sup> Il testo è di BALDO, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1586, ad l. Primam, C. de usufructu, n. 14 (C. 3, 33, 1).

<sup>(23)</sup> BALDO, *In VII. VIII. IX. X. et XI. Codicis libros commentaria...*, Venetiis, 1586, ad l. Etiam, C. de executione rei iudicatae, n. 3 (C. 7, 53, 5).

voco: si è di fronte ad una realtà originaria e nativa dalla quale scaturisce la *virtus contractus* <sup>(24)</sup>, ma una realtà destinata a mescolarsi con la vita. Se la *substantia* si contrassegna per una sua radicale indifferenza, la *natura* — al contrario — si esalta per una sua acuita sensibilità, trova la sua verifica esistenziale nella accettazione della comunità, è una regola <sup>(25)</sup>, un atteggiamento uniforme <sup>(26)</sup>, una stratificazione che può confermare o smentire la 'virtù' originaria a seconda del variare delle esigenze e degli interessi, è la dimensione consuetudinaria del contratto. Il legame — ma, più ancora, l'identificazione — fra natura e piattaforma consuetudinaria è ricorrente: « natura est id quod per se inest vel idem est quam observantia eiusdem regulae ... perfectio originis, proprietas attributa rei vita ac permanentia ... » <sup>(27)</sup>; dove affiorano proprio le preoccupazioni accennate un momento prima: la natura è un carattere nativo di questo o quel contratto, ma è un carattere plastico, non rigido, che trova nella osservanza comunitaria, nel permanere o nel variare della vita sociale, le ragioni del consolidarsi o del modificarsi.

Una natura meta-fisica come meta-fisico è il complesso delle cose giuridiche cui inerisce, che, nella sua costruzione da parte dei giuristi, non è esemplata sul fenomeno, sull'universo fisico con le sue immobilità, ma sulla storia e si contraddistingue per la sua squisita umanità. Baldo, cui si deve la riflessione più tormentata ma penetrante sulla nozione, puntualizzerà in un celebre parere in materia feudale: « est autem natura quaedam ratio, quae inhaeret ipsi actui per dispositio-

<sup>(24)</sup> « dicitur natura cuiuscumque rei primordium, per quam unumquodque habet suum proprium esse » (BALDO, *In sextum Codicis librum commentaria*, Venetiis, 1586, ad l. unicam, C. de caducis tollendis, §. Libertatibus (C. 6, 51) con specifico riferimento alla natura del feudo ed al titolo I dei 'Libri feudorum'); « qualitas innata a principio generationis, ex qua virtus contractus proficiscitur » (BALDO, *In usus feudorum*, Prooemium, n. 46). Quest'ultima è definizione fortunata e ricevuta da tutto il coro dottrinale; la si ritrova intatta in pieno Cinquecento in un *consilium* d'un pratico italiano di rango come Jacopo Menocchio (*Consilia sive responsa*, Venetiis, 1580, cons. XXXVII, n. 21), o nell'opera teorica d'un francese legatissimo però alle scuole italiane come Jean Coras (*Miscellaneorum iuris civilis libri septem ...*, Coloniae Agrippinae, 1590, lib. III, cap. X. De substantialibus, naturalibus et accidentalibus contractus, n. 4).

<sup>(25)</sup> « quod pro regula in feudis traditur, natura feudi appellatur » (BALDO, *Consilia sive responsa*, cit., vol. II, cons. CCLXXV, principium). Accostamento che, dietro Baldo, ritroviamo nei pareri del piemontese Aimone Cravetta (1504-1569) (*Consiliorum ... pars prima et secunda ...*, Venetiis, 1566, cons. CLXXXVI, n. 5) e nella sistemazione del Mantica (*Vaticanae lucubrationes ...*, lib. I, tit. XIII, n. 5).

<sup>(26)</sup> Sempre a proposito della fattispecie incandescente del feudo, che dà occasione a uno degli approfondimenti più penetranti del suo commento alle Decretali, Baldo insegna che « natura est uniformis, sed accidentalia non sunt uniformia sed possunt adesse et abesse absque corruptione subiecti » (*In Decretales*, cit. ad c. Caeterum. De iudiciis, n. 11) (X. 2, 1, 5).

<sup>(27)</sup> BALDO, *In Decretales*, cit., ad c. Inter dilectos, cit., n. 8.

nem legis vel consuetudinis vel aequitate iudicantis » (28), consegnando la *natura feudi* e la natura di ogni contratto alla vita giuridica della comunità. Il principe, l'uso, il giudice sono gli artefici di questa natura, incidono sulla sua plasticità, la modellano come una cera duttilissima secondo le esigenze emergenti.

Ma il principe e il giudice — pur menzionati da Baldo — non rivestono un ruolo portante; il coro dottrinale su un altro nesso insiste, ed è quello fra natura e consuetudine; ed è un nesso tanto stretto da arrivare ad una compenetrazione: la natura del contratto è null'altro che una osservanza, e la consuetudine è null'altro che una seconda natura. Il maestro patavino Jacopo Menochio, che dall'alto del suo osservatorio cinquecentesco par quasi riassumere il senso d'un lungo itinerario, ha in testa idee straordinariamente chiare e dalla sua penna esce una pagina rimarcevole per precisione definitoria: « Haec naturalia actus sunt qualitates quaedam innatae, ex quibus virtus contractus proficiscitur et semper inesse videntur, nisi pacto tollantur: ita Baldus et cum eo Corasius existimavit et recte, mea quidem sententia, Zasius haec naturalia non alia ratione dici, nisi quod frequentiori et assidua consuetudine, quae in nomen naturae transiit, ad contractus accesserunt ... quo nostri omnes censent evictionem esse de natura emptionis et venditionis, cum tamen illa a consuetudine profecta sit. Est enim consuetudo altera natura ... » (29).

Rispetto alla grossa architettura di mura maestre fondata sulla *substantia*, la *natura* è una caratterizzazione rilevante ma più minuta, la cui fonte è nella storia, nell'osservanza ripetuta. Grazie alla natura il contratto affonda nel terreno solido della consuetudine, una sorta di reticolato sommerso al quale il giurista medievale è soddisfatto di ancorare le sue costruzioni. La consuetudine è infatti per lui il terreno riposato e decantato dove si consolidano le fondazioni oggettive, dove sono banditi arbitrii e artifici; è il tipico terreno che permette di salvaguardare la natura delle cose umane, fungendo da efficace filtro storico, rimuovendo ed espellendo ciò che alla natura è contrario.

L'invenzione di una *natura* accanto a una *substantia* ha il profondo significato di una visione più complessa del contratto. Se l'individualismo di Cujacio e di Windscheid può essere pago di risolverlo nei suoi elementi essenziali, Baldo (ma con lui l'intera *interpretatio* di Glossatori e Commentatori), complicando il discorso con il riferimento alla natura, sente il bisogno di evocare una dimensione sommersa, tacita ma presente, non una finzione ma una realtà oggettiva (« quaedam elementa », dice Baldo (30)) che consente di storicizzare lo strumento giuridico, di renderlo coerente con la ricca e mutevole storicità delle situazioni.

(28) BALDO, *Consilia sive responsa*, cit., vol. I, cons. CCCLII, princ.

(29) MENOCHIO, *Consilia sive responsa*, cit., cons. XXXVII, n. 21.

(30) BALDO, *Consilia sive responsa*, cit., vol. II, cons. CCLXXV, n. 9.

Tutta la sensata empiria della *interpretatio* medievale intessuta di una percezione concreta del diritto sta dietro una distinzione che, a tutta prima, può apparire estenuata, forse inutile, forse addirittura assurda. E v'è in essa un grosso sforzo conoscitivo: mossi da quel sentimento di autonomia del giuridico che li sollecita e li orienta, senza pregiudizi, alieni da coinvolgimenti e stravolgimenti in chiave ideologica, essi mirano al risultato di un recupero pieno della struttura contrattuale al gioco delle forze storiche. La loro 'natura', che non è certo quella rigida e immobile di un minerale, a questo mira e questo vuol raggiungere.

Si dirà: ma, se così è, se la natura così distinta e definita ha il senso di un aggancio stabile a un substrato solido e oggettivo, perché condizionarla al silenzio dei contraenti e permetterne la violazione da parte del patto espresso? Perché l'accettazione comune che « pactum vincit naturam » <sup>(31)</sup>? Non significa immolare sull'altare delle volontà soggettive quanto si era preteso di costruire come fondazione obbiettiva del contratto?

Non v'è dubbio che siamo di fronte a un segno di contraddizione che percorre e domina tutta la dottrina del diritto comune in tema di contratti: che è dottrina di transizione nel suo rapido allontanarsi dalla tipicità romana (per quel tanto che ne restava nella compilazione giustinianea) e nel lento ma inesorabile avvicinarsi al principio generale della forza obbligante del libero consenso; che è soprattutto dottrina pervasa da una tensione continua fra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva.

In altri campi del cosiddetto diritto privato l'orientamento è unitario; quello dei diritti reali può vedere gli interpreti dibattersi non poco per sciogliersi dai lacci soffocanti della piattaforma autoritativa romana, ma una è la tensione che abbraccia il ceto dei giuristi e che li porta a costruire dal basso, con una intensificazione del momento oggettivo, i singoli istituti, primo fra tutti la proprietà. Qui le cose stanno diversamente, e molteplici e antitetiche sono le forze in gioco. La Chiesa, che sul tema dei diritti reali aveva sostanzialmente taciuto accettando di buon grado il costume altomedievale che circolava ancora sanguigno nelle vene dei giuristi del Rinascimento, sul tema del negozio giuridico e soprattutto di quello bilaterale ha una parola precisa da dire, fissa la sua attenzione sul consenso e lo valorizza. Il vecchio oggettivismo alto medievale, che crede assai più nella istituzione che non nel contratto e che diffida di una libertà del volere che non sia verificata nelle fondamenta invisibili ma onnipresenti del costume, si trova in collisione con una forza di straordinaria incisività a ogni livello che è l'ordinamento canonico, forza non soltanto spirituale e culturale ma produttrice essa stessa di costume.

---

<sup>(31)</sup> BALDO, *In usus feudorum*, cit., De feudo non habente propriam feudi naturam, §. Si quis miles, n. 1.

Il frutto è il sistema medievale dei contratti, ricco, complesso, contraddittorio, che risente della lotta sotterranea fra due orientamenti giuridici e la rivela nelle linee delle architetture soprastanti. Un frutto corposo ne è proprio il principio della *natura contractus*, che è riferimento a un ordine oggettivo ma che il consenso delle parti può alterare. Baldo, che vive nel tardo momento di un maturo Trecento e che è personaggio dalle eccezionali capacità intuitive, dimostra di aver capito pienamente il nodo e di essersi posto il problema quando abbozza una soluzione armonica di questo tenore: «*feudum quandoque regulatur secundum naturam, quandoque secundum pacta, quae sunt altera natura*»<sup>(32)</sup>.

Si avverte, anche se inesperto, il disagio di veder soffocata la natura del contratto dalle volontà dei due o più contraenti e si cerca di recuperare e di innalzare il livello in cui queste si muovono allo stesso livello in cui quella si situa; e la dialettica fra *natura contractus* e *pactum* diventa una dialettica fra due *naturae*. Come per la consuetudine, anche per la *conventio*, che è legge tra le parti, si sottolinea la estrema naturalità, e il *pactum*, invece che come arbitrio, è visto come contributo alla formazione della natura dell'atto. Soltanto così si legittima l'incidenza a livello di natura: giacché è lo stesso livello.

IV. Le poche pagine che precedono hanno una sola pretesa: di sottolineare, come si è detto, il valore espressivo della invenzione tecnica *substantia/natura*. Purché si abbia occhi per vedere, la sottigliezza tecnica è evocativa di grossi problemi anche antropologici che si agitano nello sfondo e costituisce un apporto alla loro definizione e soluzione.

Ma si può anche andare oltre, e approfondire lo scavo. Infatti, se è chiara — io penso — la valenza conoscitiva della invenzione, non è affatto chiara la sua radice. Insomma, questa distinzione *substantia/natura*, che si carica addirittura del tono e del sapore d'una contrapposizione, da dove giunge al patrimonio dei giuristi? Certamente, non dalla tradizione romana: nella compilazione la stessa dottrina della *natura contractus* — che è largamente diffusa nelle scuole bizantine — non ha lasciato «se non tracce scarse e indirette»<sup>(33)</sup>, tanto meno l'idea di una *substantia* puntigliosamente distinta dalla *natura*, che non sembra appartenere all'istrumentario né classico né giustiniano. Certamente, non dalla logica e dalla metafisica aristoteliche, dove *substantia (essentia)* e *natura* vengono pressoché a coincidere.

È lecito allora domandarsi se siamo di fronte al frutto d'un ripensamento autonomo ed esclusivo dei giuristi medievali; o se, al di là

<sup>(32)</sup> BALDO, *Consilia sive responsa*, cit., vol. I, n. 2.

<sup>(33)</sup> G. ROTONDI, *Natura contractus*, ora in *Scritti giuridici*, II. *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E. Albertario, Pavia, 1922, p. 267.

delle consuete fonti giuridiche e filosofiche, non vi siano altre fonti e di altra indole che abbiano portato ai giuristi un materiale teoretico già digerito e ordinato; e non si debba pensare a un processo osmotico tra forme e formule giuridiche e un insospettato vasto spazio retrostante. È questa l'ipotesi che mi sembra verosimile e che, riservandomi di tornarci sopra prossimamente con maggiori ampiezza e documentazione, affaccerei qui per corroborare ulteriormente le considerazioni metodologiche di poco sopra.

Troncando gli indugi, affermo subito che una distinzione/contrapposizione come questa, così estranea alla tradizione giuridica e alla tradizione filosofica, ha possibili radici nella tradizione teologica o, per dir meglio, nella fioritura teologica del secolo dodicesimo, che ripropone in modo culturalmente appagante i risultati di dispute secolari.

Fu proprio in una disputa teologica che, nel corso di tutto il secolo quinto dopo Cristo, il concetto di natura così come elaborato dalla cultura antica venne sottoposto a una profonda alterazione determinando una palingenesi di esso e l'avvio di un itinerario concettuale segnato da una sostanziale novità rispetto al passato. Ci riferiamo palesemente alla grande controversia cristologica che infiamma la Chiesa universale, che vede emergere le posizioni ereticali di Nestorio e di Eutiche, che domina i concilii ecumenici di Efeso e di Calcedonia, che costringe tutto un secolo a parlare fittamente, come non mai, di sostanza e di natura.

Fino ad allora il pensiero aristotelico l'aveva fatta da padrone: *substantia* e *natura* costituiscono una sola risposta a un medesimo problema e v'è identità sostanziale fra i due concetti, tanto che si può correttamente dire essere φύσις e οὐσία due sinonimi. Lo stesso primo pensiero cristiano aderisce a questa impostazione, e lo stesso Agostino, pur aperto a varie e diverse esperienze speculative, conferma che φύσις è οὐσία.

Occorreva un evento di straordinaria rilevanza per scuotere dalle fondamenta la tradizione metafisica di Aristotele, sulla quale né il neoplatonismo né lo stoicismo avevano inciso a fondo. Occorreva il fatto sconvolgente dell'eresia di Nestorio e di Eutiche. Una controversia prettamente teologica — il problema del rapporto fra natura divina e natura umana nella persona del Cristo —, ma che trovava il suo terreno specifico in una 'errata' valutazione dei concetti di persona, sostanza e natura, ed aveva pertanto il suo *prius* logico nella esatta determinazione di un problema filosofico: che cosa fosse persona, che cosa fosse sostanza e che cosa fosse natura. In Nestorio, erede della speculazione aristotelica, i termini di natura (φύσις), essenza/sostanza (οὐσία), persona (πρόσωπον), ipostasi (ὑπόστασις) vengono ad essere accomunati ed è da questa fusione che scaturisce la visione ereticale:

legando troppo persona, sostanza, natura si arriva a ipotizzare due persone nel Cristo <sup>(34)</sup>.

Occorreva invece analizzare, distinguere, definire; ed è proprio nel suo impegno per superare il nestorianesimo che la dommatica cattolica sforza il concetto aristotelico di natura, lo rende più plastico, più duttile, più relativo. La semantica del concetto muta ad uso e consumo della scienza teologica, ed è nella teologia ortodossa che, contro Nestorio ed Eutiche, *natura* e *substantia* assumono il volto di nozioni strutturalmente diverse, quasi in ideale contrapposizione.

Fu circostanza fortunata che del problema, accanto agli impenetrabili cultori delle cose divine, si occupasse ripetutamente anche Boezio in taluni suoi opuscoli e soprattutto in uno espressamente rivolto 'Contra Eutychem et Nestorium'. Circostanza a doppio titolo fortunata: perché in Boezio il dogma cattolico, le *quaestiones fidei*, sono costrette entro le trame rigorose di un discorso squisitamente razionale e, lungi dallo spingersi e spengersi sul terreno mistico e letterario, vengono definite, con un linguaggio che ha la spietatezza di quello d'una scienza esatta, nei supporti delle categorie logiche apprese dal patrizio romano durante le peregrinazioni presso le scuole orientali; perché, grazie a Boezio, i grossi problemi teologici — per primi, i problemi trinitari e cristologici —, ridotti e risolti in un linguaggio e in un istrumentario concettuale robustamente filosofici e programmaticamente definitorii, saranno portati alla cultura medievale in una formulazione scientifica di estrema suadenza, con un successo che è confermato dalla attenzione costante rivolta — tramite commenti specifici — agli opuscoli boeziani da tutta la riflessione scolastica a cominciare da Scoto Eriugena per finire a San Tommaso.

È Boezio che, scrivendo ai primi del secolo sesto, ancor fresco di memorie della grande rissa nestoriana, dà il primo colpo di piccone per infrangere l'aristotelica identità di *substantia* e *natura* che aveva sortito effetti tanto 'perversi' nella applicazione teologica di Nestorio; è Boezio che traduce il dibattito teologico in una ricognizione e revisione del tradizionale vocabolario metafisico, parlando un linguaggio destinato così a molti orecchi.

Se il problema è « quomodo fieri potuerit ut duae naturae in unam substantiam miscerentur » <sup>(35)</sup>, natura non può che assumere il significato di « cuiuslibet substantiae specificata proprietates » <sup>(36)</sup>, differen-

<sup>(34)</sup> Questa fu almeno la valutazione esasperata che ne dettero gli ambienti ortodossi; questa è l'interpretazione di Boezio, secondo cui Nestorio « in Christo duplicem naturam esse censebat, duplicem quoque personam esse confessus est » (*Contra Eutychem et Nestorium*, IV, 12, 4, in *The Theological Tractates*, ed. H. F. Stewart - E. K. Rand, London, 1962).

<sup>(35)</sup> *Contra Eutychem et Nestorium*, VII.

<sup>(36)</sup> *Contra Eutychem et Nestorium*, IV.

ziandosi e, al tempo stesso, relativizzando il suo contenuto. È dal 'Contra Eutythen et Nestorium' di Boezio che esce la definizione fortunatissima: « Natura est unam quamque rem informans specifica differentia » (37). L'analisi teologica, sia pure nelle mani di un loico provvedutissimo, era riuscita a scrollarsi di dosso sul tema *substantia/natura*, per strade sue e per esigenze sue proprie ma con ripercussioni lontanissime, tutto il peso della tradizione filosofica antica.

Boezio potrebbe sembrare un personaggio remoto, e peregrino potrebbe apparire tutto questo discorso se non lo si proseguisse ancora un poco aggiungendo che la sua analisi e la sua definizione di natura sono il grande argomento delle scuole filosofiche e teologiche del secolo XII, un secolo che il padre Chenu ha potuto giustamente qualificare 'aetas boetiana' (38). E il patrimonio concettuale e le precisazioni lessicali dell'ultimo dei classici/primo degli scolastici (39) lasciano il grembo appartato della fine dell'età antica per circolare vivi nel clima culturale che è lo stesso del Rinascimento giuridico.

In questo clima di riscoperta o, per meglio dire, di ribadita e intensificata fortuna degli 'Opuscula sacra', fu circostanza di non poco rilievo che essi ricevessero una attenzione tutta particolare da Gilberto Porrettano (Gilbert de la Porrée).

Gilberto aveva una profonda simiglianza intellettuale con Boezio; come lui amava fondare la sua teologia su rigorose concezioni filosofiche, come lui amava soprattutto la precisione del vocabolario ed era dominato dalla convinzione che l'adozione d'una terminologia sicura, aliena da genericismi, fosse il primo e considerevole passo per sfuggire ad equivoci che, se inaccettabili e carichi di conseguenze negative per ogni scienza degna di questo nome, appaiono disastrosi nella scienza teologica. Come Boezio, era convinto che l'errore di Nestorio nasceva e si fortificava soprattutto sul terreno di una imprudenza e di una disinvoltura terminologiche. Da qui, un'esigenza definitoria che esaspera il pur marcato orientamento boeziano; da qui il bisogno di chiarire in ogni sua piega il pericoloso vocabolario della cristologia ortodossa; da qui, il grosso valore culturale che viene ad assumere il commentario porrettano al 'Contra Eutythen et Nestorium' (40).

(37) *Contre Eutythen et Nestorium*, I.

(38) M. D. CHENU, *La théologie au douzième siècle*, Paris, 1957, che così intitola l'intero capitolo sesto del volume.

(39) La qualificazione di Boezio come 'der erste Scholastiker' è già in M. GRABMANN, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, I. B. *Die scholastische Methode von ihren ersten Anfängen in der Väterliteratur bis zum Beginn des 12. Jahrhunderts*, Berlin-Graz, 1956 (rist. anast. ed. Freiburg in Breisgau, 1909), p. 148, che la ripeteva dagli studi precedenti del Krieg sugli opuscoli sacri.

(40) Su cui cfr. soprattutto R. SILVAIN, *Le texte des commentaires sur Boèce de Gilbert de la Porrée*, in *Archives d'histoire doctrinale et littéraire du moyen âge*, XXI (1946); M. E. WILLIAMS, *The Teaching of Gilbert Porreta on the Trinity as found in his Commentaries on Boethius*, Romae, 1951, particolarmente p. 8 ss.;

Il quale, per quanto mi interessa in questa sede, è impostato su una preliminare cautela metodologica circa la rischiosa anfibologia del termine/nozione 'natura' e sulla necessità di distinguere anziché fondere e confondere<sup>(41)</sup>. Assai più che nel vecchio testo boeziano, con una intensità che — per quel che io ne so — non è riscontrabile in altri analoghi commenti<sup>(42)</sup>, *substantia* e *natura* vengono con piglio sicurissimo differenziate: « aliud enim est esse naturam, aliud esse substantiam ... naturae atque substantiae eadem diffinitio esse non potest »<sup>(43)</sup>; « cum igitur a diversis qualitatibus diversivoca nomina sint natura atque substantia ... »<sup>(44)</sup>. Al contrario di sostanza, natura è, come per Boezio, « unamquamque rem informans specifica differentia »<sup>(45)</sup>; è cioè una caratterizzazione specifica, specificamente distintiva, una *proprietas*: « relinquitur ergo nature nomen specificis differentiis, quae et native sunt et aliquorum sunt: subsistentium videlicet ... et specierum ... et generum, quorum potestati ratione proprietatis addictae, eorum quoque in specierum diffinitionibus forme sunt »<sup>(46)</sup>. Parafrasando Gilberto in un modo un po' grossolano ma sostanzialmente esatto, *natura* è cioè quella *proprietas* che, combinata al *genus*, forma la *species*.

Posso arrestarmi qui, anche perché chiunque si può render conto di quante e quanto preziose conseguenze era greve un simile argomentare definitorio per la scienza giuridica. E i giuristi non mancarono di afferrarlo e di applicarlo ai loro schemi ordinanti.

Una coincidenza che mi è sempre parsa singolare è la visibile linea di demarcazione che, nella storia dei *pacta adiecta*, corre, all'incirca poco dopo la metà del secolo dodicesimo, fra il mondo culturale irneriano e dei quattro Dottori e quello immediatamente successivo, più ricco ed aperto, che trova in Rogerio e nella sua opera l'espressione più significativa e fedele. Nel primo circola ancora senza sostanziali variazioni la dialettica papiniana fra patti che incidono sulla *substantia contractus* e patti che, incidendo semplicemente sugli *adminicula*

---

N. M. HARING, *The Commentary of Gilbert, bishop of Poitiers, on Boethius' Contra Eutychen et Nestorium*, in *Archives d'histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age*, XXIX (1954). Il testo può ora essere letto nella definitiva edizione di N. M. HARING, *The Commentaries on Boethius by Gilbert of Poitiers*, Toronto, 1966, dove è appunto contenuta anche la GISEBERTI PICTAVIENSIS EPISCOPI *Expositio in Boecii librum contra Euticen et Nestorium*.

<sup>(41)</sup> Sulla concezione di 'natura' di Gilbert de la Porrée cfr. N. HARING, *Der Begriff der Natur bei Gilbert von Poitiers*, in *La filosofia della natura nel medioevo*, Milano, 1966, e H. C. VAN ELSWIJK, *Gilbert Porreta. Sa vie, son oeuvre, sa pensée*, Leuven, 1966, p. 369 ss.

<sup>(42)</sup> Si confrontino, ad esempio, i pressoché coevi *Commentaries on Boethius by Thierry of Chartres and his School*, ed. by N. M. HARING, Toronto, 1971.

<sup>(43)</sup> *Expositio in Boecii librum contra Euticen et Nestorium*, I, 58.

<sup>(44)</sup> *Expositio in Boecii librum contra Euticen et Nestorium*, I, 59.

<sup>(45)</sup> *Expositio in Boecii librum contra Euticen et Nestorium*, I, 90.

<sup>(46)</sup> *Expositio in Boecii librum contra Euticen et Nestorium*, I, 97.

*contractus*, non turbano gli equilibri della sua struttura (47); e, quando in una *dissensio* della 'Vetus Collectio' intorno al tema dell'evizione nella compravendita il campo sembra aprirsi a una tripartizione — *substantia, natura, adminicula* —, il discorso è invece ripetitivo giacché *natura* è assunta esplicitamente soltanto come sinonimo di *substantia* (48).

Il nuovo si ha quando poco dopo la metà del secolo (49) e soprattutto con Rogerio (50) noi cogliamo una *natura contractus* distinta e quasi contrapposta alla *substantia* — l'una e l'altra accanto agli *adminicula* —, inaugurando una tripartizione decisamente innovativa, direi culturalmente nuova, che vediamo subito consolidarsi nelle *Summae* di Piacentino (51) e di Azzone (52), essere ben accolta nella pratica (53), e distendersi poi fino a diventare una opinione universalmente ricevuta.

Il Kantorowicz, che nelle sue pagine sui cosiddetti *casus* di Guglielmo da Cabriano accenna incidentalmente alla cosa, parla vagamente e senza documentazione di un probabile influsso « from the dialectics of his time » (54). Io avanzerei l'ipotesi che non di un generico influsso filosofico si trattò, ma di una specifica influenza del pensiero teologico consegnato in precisazioni definitorie tanto nitide ed efficaci nel discorso trinitario-cristologico di Gilbert de la Porrée.

È un'ipotesi indiziaria che va sottoposta — ed io spero di poterlo fare quanto prima — a una minuziosa verifica su tutte le fonti edite e manoscritte, oggi che la critica testuale consente di mettere un po'

(47) Cfr., quali prime esemplificazioni che mi vengon sotto mano, la glossa irneriana (ad l. *Dolia in horreis, de contrahenda emptio*), in E. BESTA, *L'opera d'Irnerio*, II. *Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, Torino, 1896, p. 180, o le c.d. *Distinctiones tubingenses B*, n. 17 (in E. SECKEL, *Distinctiones Glossatorum*, Graz, 1956 (rist. anast. ed. 1911), o le c.d. *Antiquissimorum Glossatorum distinctiones. Collectio senensis*, I, ed. G. B. Palmieri, in B.I.M.A.E., II, Bononiae, 1892.

(48) Cfr. *Dissensiones Dominorum. Vetus Collectio*, §. 52, ed. Haenel, Aalen, 1964 (rist. anast. ed. Leipzig, 1834), con la conferma di una *dissensio* della collezione pseudo-rogeriana (cfr. *Dissensiones Dominorum-Rogerius*, §. 21, ibidem).

(49) Ci riferiamo al testo pubblicato da H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938 (rist. Aalen, 1969 con integrazioni e correzioni di P. Weimar), come un *casus Codicis* di Guglielmo da Cabriano (cfr. p. 210 e p. 295) (ma si vedano ora le approfondite pagine di G. DOLEZALEK, *Die Casus Codicis des Wilhelmus de Cabriano*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, hrsg. von W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1972).

(50) ROGERIO, *Summa Codicis*, lib. II, III. *De pactis* (in B.I.M.A.E., I, Bononiae, 1913).

(51) PIACENTINO, *In Codicis Dn. Iustiniani ... libros IX summa ...*, Moguntiae, 1536 (rist. anast. Torino, 1962), in lib. II, tit. --. *De pactis*.

(52) AZZONE, *Summa ...*, Venetiis, 1610, in II. lib. *Codicis*, rubr. 3. *De pactis*.

(53) Come dimostra, ai primi del Dugento, il *Liber iuris florentinus*, IV. *de actionibus*, I. *de pactis*, §. 21, in M. CONRAT, *Das florentiner Rechtsbuch. Ein System römischen Privatrechts aus der Glossatorenzeit*, Berlin, 1882 (rist. fot. Aalen, 1969).

(54) KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, cit., p. 211.

d'ordine nella confusione di attribuzioni e di datazioni che, da Savigny a noi, ha dominato la ricostruzione storiografica del messaggio scientifico del secolo decimosecondo; una minuziosa verifica che non può non estendersi, oltre le fonti giuridiche, anche al terreno accidentato e complesso delle fonti filosofiche e teologiche. Pur con la coscienza di questa provvisorietà, oggi mi sembra tuttavia legittima l'ipotesi che uno dei tramiti, il più rilevante, per l'inserimento nel pianeta dei giuristi di una distinzione che per loro diverrà un *topos* inattaccabile sia stato il commento agli opuscoli boeziani di Gilbert de la Porrée: si sa che il ripensamento sul 'Contra Eutychen et Nestorium' risale agli anni dell'insegnamento di Gilberto, e cioè agli anni fra il 1135 e il 1142<sup>(55)</sup>; si sa che forte fu la sua ascendenza e la sua azione intellettuale nel mondo dei giuristi<sup>(56)</sup> lungo il solco dei canonisti che usarono largamente delle opere porrettane<sup>(57)</sup>.

In un mondo sempre più aperto a realizzare una sostanziale unità della cultura com'è quello della seconda metà del Millecento, in un mondo di giuristi più sicuri di sé e, in quanto tali, disponibili alle voci dall'esterno, non è peregrina, contemplando un mutamento di rotta e una singolare consonanza con certe proposizioni, l'idea di una circolazione dell'istrumentario teoretico boeziano-porrettano a promuovere e fondare una dilatazione del vecchio schema romanistico della teoria dei *pacta*.

Vorrei arrestarmi qui, lanciando un'ipotesi che io od altri raccoglieremo, convalideremo, o forse anche smentiremo. È una ipotesi con la quale vorrei, comunque, chiudere queste righe originate dal 'corso' di lezioni di Santarelli, righe che hanno sin dall'inizio assunto un carattere di richiamo metodologico malgrado la mia inadeguatezza e ritrosia a trattar di queste cose. Mi piace mantenere in epilogo l'ipotesi ora esposta proprio perché si rannoda perfettamente con quel richiamo: mostrando le possibili radici teologiche di una distinzione scientifica dei giuristi, invoca e pretende il rispetto per l'istrumentario tecnico anche quando può sembrare, come in questo caso, il più artefatto e il più risecchito. Le tecniche rivelano di affondare negli strati più riposti d'una civiltà ed è tutto un mondo estesissimo, quasi sconfinato, che grazie ad esse si dispiega alla attenzione dell'osservatore. Purché questi sappia leggerle — e ritorno al punto di partenza — con occhi provveduti e rispettosi.

<sup>(55)</sup> ELSWIJK, *Gilbert Porreta*, cit., pp. 62-63.

<sup>(56)</sup> A. M. LANDGRAF, *Diritto canonico e teologia nel secolo XII*, in *Studia Gratiana*, I, [Bologna], 1953.

<sup>(57)</sup> Un esempio ne è la *Summa Parisiensis*, ed. T. McLAUGHLIN, Toronto, 1952.



LUCA MANNORI

GIUSEPPE COMPAGNONI,  
COSTITUZIONALISTA ROUSSEAUUVIANO

(A proposito di G. COMPAGNONI, *Elementi di diritto costituzionale democratico*, a cura di I. MEREU e D. BARBON, Bologna, 1985).

1. Tornando su un tema a lui già molto caro in passato, Italo Mereu ha ripubblicato recentemente, con l'assistenza di Daniela Barbon, quello che a torto o a ragione viene ancora considerato come il primo trattato scientifico italiano di diritto costituzionale: gli *Elementi di diritto costituzionale democratico*, redatti nel 1797 da Giuseppe Compagnoni per gli studenti del suo corso ferrarese di « diritto costituzionale cispadano e giurpubblico universale », tenuto per la prima volta in Ferrara quello stesso anno.

Nella sua vibrante ed appassionata introduzione al volume (che riprende le tesi già svolte più ampiamente nella precedente monografia *Giuseppe Compagnoni primo costituzionalista d'Europa*, Ferrara, s.d.), Mereu riesce a comunicarci tutta la sua intensa simpatia per questo giurista 'giacobino', che tutta la storiografia ed in genere la pubblicistica successiva ha liquidato sbrigativamente, assegnandogli d'ufficio un posto polveroso nella galleria dei 'padri fondatori' della nostra civiltà risorgimentale, senza mai affrontare seriamente un esame della sua produzione (1). Lo si celebra infatti sovente come l' 'inventore' del tricolore italiano al Congresso di Reggio del '96, come primo professore di diritto costituzionale patrio in Ferrara, come traduttore italiano di Destutt de Tracy nonché divulgatore, da noi, del nuovo vocabolo « ideologia »; salvo poi, tributato questo omaggio frettoloso, liberarsi di lui in poche righe, relegandolo nel piatto coro dei minori e dei ripetitori di fine Settecento (2).

---

(1) Una panoramica della critica su Compagnoni, a partire dai più antichi interventi (MORELLI, RAVA) fino alle pagine di LUCATELLO e di CANTIMORI è offerta da MEREU nella sua monografia (essenzialmente al capitolo I).

(2) Questo, in particolare, il giudizio di Eugenio GARIN (*Storia della filosofia italiana*, Firenze, 1966, p. 1058), ricordato da Mereu come un atteggiamento tipico della nostra cultura nei confronti di Compagnoni.

Quello di Mereu costituisce il primo tentativo di strappare Compagnoni al grigiore di questo destino culturale: un tentativo condotto attraverso un'indicazione attenta e precisa di tutte quelle 'differenze specifiche' che distinguono in realtà questo intellettuale padano dalla schiera indistinta dei suoi contemporanei. La concisa analisi, che affronta il pensiero filosofico, politico e giuridico di Compagnoni, restituisce grado a grado alla figura tutta la sua individualità ed il suo rilievo, a partire dal recupero di quella 'fenomenologia del bisogno' su cui egli fonda la propria filosofia pratica, fino a riconoscergli un ruolo pionieristico nell'elaborazione di una teoria giuridica del governo rappresentativo. Una scorsa al testo del trattato costituzionale di Compagnoni consente al lettore di verificare l'esattezza e la fecondità di quasi tutte le indicazioni di Mereu. Ci troviamo effettivamente di fronte ad una figura significativa, che ancora attende di essere collocata al suo giusto posto nell'ambito della cultura di fine Settecento. In attesa di una ricerca monografica approfondita, già auspicata dallo studio esplorativo di Mereu e resa ora possibile dalla accurata bibliografia compagnoniana premessa alla nuova edizione degli *Elementi*, vorremmo qui indicare qualche possibile prospettiva d'indagine ulteriore per lo storico del pensiero giuspubblicistico.

2. Innanzitutto, seguendo una tecnica comune tra chi meritoriamente si accinge al recupero di personalità culturali per l'addietro tenute in troppo scarsa considerazione dalla critica, Mereu ha incentrato tutto il suo discorso sulla valorizzazione degli aspetti 'originali' del pensiero di Compagnoni: tecnica produttiva, certo, per strapparne la figura ad un ingiusto, precedente appiattimento, ma che rischia fatalmente di deformare a sua volta le proporzioni, peccando per eccesso. È indubbio, per esempio, che il tema della connessione tra diritto soggettivo e bisogno, per quanto svolto da Compagnoni con accenti personali, non può esser considerato un prodotto specifico del suo pensiero, o tantomeno nuovo nel panorama dell'epoca (si tratta in realtà, com'è noto, di un motivo risalente nelle sue linee più generali a Locke, e destinato ad impregnare di sé tutta quanta la *coìnè* culturale del giusnaturalismo empirista del Settecento, che sconta sempre una fondamentale componente utilitarista) <sup>(3)</sup>; e così pure, esaltando a ragione, tra le altre cose, il convinto repubblicanesimo di Compagnoni, la sua rivendicazione di una perfetta eguaglianza tra i sessi, la sua prudenza critica nel recepire l'istituto della proprietà privata,

---

<sup>(3)</sup> Per uno studio completo ed approfondito della fenomenologia del bisogno nell'area del Settecento anglosassone cfr. P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974, pp. 3-57; mentre, sul ruolo della logica utilitarista nel pensiero settecentesco continentale, si veda in sintesi e per tutti L. G. CROCKER, *An age of crisis. Man and world in eighteenth century french thought*, Baltimora, 1959.

l'attenzione costante al tema dell'educazione pubblica, Mereu non sempre rimarca forse a sufficienza quanto queste idee fossero circolanti nella pubblicistica dell'epoca (4); mentre d'altra parte tende a sfumare un po' troppo il pur notorio moderatismo politico di cui Compagnoni dette prova durante il triennio giacobino, distinguendosi a colpo d'occhio forse più per questo che per ogni altro motivo da una platea di pubblicisti mediamente più sensibili di lui alla mitologia 'eroica' della fase culminante della Rivoluzione (5).

Se ci limitiamo in realtà a prendere in esame le dottrine costituzionali di Compagnoni è indubbio che il loro valore può essere assai meglio apprezzato lumeggiando più gli aspetti 'conservatori' della sua personalità intellettuale che non quelli occasionalmente 'rivoluzionari'. La sua stessa proposta, infatti, al di là dei suoi contenuti specifici, è *strutturalmente* conservatrice (togliendo, si badi, alla qualifica ogni connotazione valutativa), proprio in quanto rivela una sua natura autenticamente giuridica. Basta scorrere il libro di Compagnoni per accorgersi di come egli si distingua dalla generalità dei riformatori e degli utopisti del nostro Settecento — da cui pure derivano il suo linguaggio ed in parte i suoi contenuti — per il fatto di non puntare ormai

---

(4) Una panoramica sui *topoi* ideologici del giacobinismo italiano in F. DIAZ, *La questione del giacobinismo italiano*, ora in ID., *Per una storia illuministica*, Napoli, 1973, p. 465 ss.

(5) Si ricordi come Delio Cantimori arrivi addirittura ad esprimere qualche incertezza nell'accogliere Giuseppe Compagnoni entro la categoria stessa dei 'giacobini', una volta acclarato che l'unico denominatore comune del *genus* è appunto costituito dal richiamo ideale che sui suoi componenti esercita l'esperienza francese del '93-'94: quella, appunto, da cui Compagnoni già negli *Elementi* prende accuratamente le distanze, presentandola come una degenerazione terribile ed in qualche modo fisiologica della forma di governo democratica pura (*op. cit.*, p. 217). Dopo il colpo di Stato di Trouvé nel 1798, Compagnoni, pur epurato dal Consiglio degli Iuniori a causa delle sue critiche all'ingerenza francese negli affari della Cisalpina, si schiererà decisamente dalla parte del direttorio, accettando di dirigere il *Monitore Cisalpino* — organo di stampa semi-ufficiale del Governo —, in cui pubblicherà una serie di interventi di segno chiaramente moderato, criticando con pungente sarcasmo certa retorica rivoluzionaria allora in voga e tessendo una vera apologia della Costituzione dell'anno III (queste pagine sono state ripubblicate da L. RAVA, *Giuseppe Compagnoni e il suo « Monitore Cisalpino »*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, XIV (1927), p. 433). Furio DIAZ (*La questione del giacobinismo*, cit., p. 486) ha rilevato nella biografia del Compagnoni di questi anni una evidente involuzione politica (dal giacobino entusiasta del Congresso di Reggio all'uomo d'ordine della Milano del '98), in qualche modo paradigmatica della vicenda di tutta una generazione; tale itinerario, però, si rivela assai meno contraddittorio di ciò che può sembrare quando si consideri che il suo pensiero costituzionale contiene già, fin dall'inizio, una chiara opzione in senso moderato, e riconosce nella costituzione direttoriale il miglior modello possibile di democrazia rappresentativa. La parabola di Compagnoni si compirà definitivamente nel corso dell'età napoleonica, quando egli assumerà uno dei posti più delicati e qualificanti nell'ambito dell'apparato tecnico-amministrativo dell'epoca: quello di segretario generale del Consiglio di Stato del Regno d'Italia.

più ad una *critica* del reale (secondo l'univoca indicazione pragmatica di tutto l'illuminismo franco-italiano), ma viceversa a *rilegittimarlo* sulla base delle nuove ideologie politiche partorite dalla Rivoluzione. Con ciò, non vogliamo tanto alludere al dichiarato intento compagno-niano di dimostrare la superiorità *relativa* della « *Democrazia rappresentativa* dalla nostra Costituzione adottata » (6) su tutte le altre forme di governo (di esercitazioni del genere trabocca tutta quanta la letteratura 'giacobina' dell'epoca); quanto invece alla sua lucida ricerca di un criterio di legittimazione *assoluto* del potere in genere, capace di rimpiazzare quello tradizionale, elaborato da tutta la cultura giusnaturalista sei-settecentesca ed ormai superato dall' '89.

Compagnoni si pone, in altre parole, in un rapporto di stretta continuità rispetto agli antichi teorici del diritto di natura sotto il profilo del compito che si è assegnato consapevolmente, del mestiere che ha scelto, quello cioè di produttore di validità formale — e ciò vale a distinguerlo profondamente dalla generalità dei pubblicisti suoi contemporanei, i quali, come si cercherà subito di dimostrare, continuano in genere ad affrontare il problema politico in termini squisitamente empirici e politologi —; d'altro lato, però, egli è consapevole che « una grande Rivoluzione ... da pochi mesi è succeduta tra noi » (7), denunciando le antiche forme di legittimazione del potere per sostituirvene altre, radicalmente nuove, che richiedono un'elaborazione specifica — e da questo punto di vista Compagnoni si contrappone in modo deciso a tutto il pensiero giuridico precedente, di cui rifiuta in blocco i contenuti topici, ponendosi alla ricerca di una nuova dogmatica —. In questa doppia specificità — rispetto ai contemporanei in quanto giurista, e rispetto ai giuristi precedenti in quanto pioniere di un nuovo criterio di validazione — può essere probabilmente reperita l'autentica originalità di Compagnoni. Se poniamo infatti a confronto il suo pensiero con la turbinosa fantasia di tanti altri giacobini del triennio non possiamo ricavarne invero l'immagine di uno scrittore particolarmente brillante sotto il profilo delle idee sociali e delle proposte politiche: ma ciò accade proprio in quanto il fulcro dei suoi interessi sta altrove, nello sforzo di sostituire la dogmatica legittimante inaugurata da Grozio e perfezionata da Pufendorf con un nuovo sistema concettuale capace di 'contenere' la Rivoluzione.

A fornire i materiali per questa operazione sarà appunto la filosofia di Rousseau.

---

(6) Così nell'orazione inaugurale del nuovo corso, pubblicata come introduzione agli *Elementi* (p. XLII). Alla parte teorica del corso, consegnata poi alla stampa, Compagnoni faceva seguire, senza soluzione di continuità, una esegesi del testo costituzionale vigente, che veniva in sostanza presentato agli studenti come un insuperato modello di organizzazione politica.

(7) *Ibidem*, p. VII.

3. La critica di Mereu ci sembra che non abbia dato ancora al rapporto tra Compagnoni ed il pensiero di Rousseau tutto lo spazio che questo tema forse meriterebbe. Leggendo le pagine di Mereu, anzi, si ha quasi l'impressione di una sorta di reticenza a riconoscere il grandissimo debito che Compagnoni contrae nei confronti dell'autore del *Contract*, incommensurabilmente superiore a qualsiasi altro 'prestito' ricevuto dalla cultura settecentesca. Se è vero che su alcuni punti gli *Elementi* prendono le distanze in modo esplicito dal verbo rousseauviano — come sui limiti dell'alienazione pattizia o sul tema della pena di morte — è indubbio però che fino al penultimo capitolo l'opera accetta di esser letta come una parafrasi del *Contratto sociale*, acuta e puntuale nel cogliere i gangli essenziali del pensiero di Rousseau e nello svilupparne le conseguenze. Forse preoccupato di difendere il 'suo' Compagnoni dalle ingiuste accuse di ripetitività e piattezza intellettuale di cui certa critica precedente lo aveva reso oggetto, Mereu sostiene che il giurista romagnolo si richiama di continuo, in modo più o meno esplicito, a Rousseau, solo per fondare sulla sua *auctoritas* (che fu enorme nell'ambito della pubblicistica del triennio) un discorso dai contenuti del tutto personali, secondo una tecnica peraltro ben nota ai giuristi dell'antico regime<sup>(8)</sup>. Ciò pare eccessivo. Ci sembra meglio dire, invece, che Compagnoni, modellando il suo schema teorico su quello di Rousseau in modo così obbiettivamente scoperto, ne ha offerto in realtà una rilettura estremamente specifica, tutta funzionale ad innestarvi sopra la sua nuova teoria giuridica della democrazia rappresentativa, consegnata appunto all'ultimo capitolo degli *Elementi*. È questo il rapporto che occorre ora analizzare.

È evidente, prima di tutto, che un ipotetico problema della originalità o meno di Compagnoni rispetto a Rousseau non può essere neppure posto, nel contesto di un esame storiograficamente serio ed onesto. Un giurista non ha alcun obbligo di essere 'originale' rispetto ad un filosofo. Egli giunge sempre, e per definizione, quando il sole della grande scoperta concettuale è già tramontato, la rivoluzione si è compiuta e non resta altro da fare che istituzionalizzarne i risultati: il che, forse, è ancora la fatica maggiore. È naturale, perciò, che egli si rivolga al filosofo per desumere dal suo sistema quei postulati su cui incardinare il nuovo edificio giuridico. La questione davvero seria che si presenta è quella di come Compagnoni abbia letto Rousseau: « quale Rousseau », si chiede giustamente Mereu, tra i tantissimi che popolano la cultura sette e ottocentesca, è quello che Compagnoni ha recepito?

---

(8) *Giuseppe Compagnoni primo costituzionalista d'Europa*, pp. 156-159. L'influenza del pensiero rousseauviano su Compagnoni è invece sottolineata con forza da G. LUCATELLO, *L'insegnamento di Giuseppe Compagnoni dalla prima cattedra di diritto costituzionale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Sez. X, Scienze giuridiche, vol. II, in part. p. 219 ss.

Per tentare di rispondere a questa domanda fondamentale calandola nel panorama concreto dell'Italia giacobina e napoleonica, proviamo a ricorrere ad un'elementare schematizzazione (fatalmente arbitraria e senza alcuna pretesa dogmatica, ma solamente funzionale, qui, ad impostare il nostro discorso su Compagnoni): quella che si ottiene classificando i più comuni atteggiamenti dell'*intelligentsja* dell'epoca di fronte al nocciolo duro della teoria rousseauviana, al suo elemento cioè di più marcata novità rispetto alla dogmatica settecentesca tradizionale — il divieto tassativo di alienare la sovranità collettiva di cui il popolo si è trovato ad essere titolare in virtù della conclusione del patto sociale. Com'è troppo noto, infatti, la specificità del messaggio del ginevrino a fronte della cultura giuspolitica precedente non è costituita dall'affermazione che il popolo è sovrano (affermazione antichissima, ed in particolare ben nota alla dottrina giusnaturalistica tradizionale del *pactum societatis*), ma nell'enunciazione della regola assoluta della sua inalienabilità, come condizione base della legittimità di ogni ordinamento politico <sup>(9)</sup>: è perciò in ordine alla recezione di questo tema che occorre tastare il polso alla pubblicistica italiana dell'epoca.

Una lettura spassionata dei testi 'giacobini', o comunque liberal-progressisti nostrani di questo periodo consente a quanto pare di individuare tre tipi di atteggiamenti fondamentali, i quali non coincidono comunque — è bene specificarlo subito — con la consueta partizione politica destra-sinistra-centro.

Un primo gruppo di pubblicisti non sembra cogliere questo elemento centrale del pensiero rousseauviano (e ciò anche quando continua a riciclare le metafore ed i miti rousseauviani allora in voga). Essi non accettano, cioè, di ricostruire *ab imis* tutto l'edificio politico muovendo dal postulato *a priori* che il popolo non possa assolutamente delegare a chicchessia il suo potere originario. Basta scorrere i testi del concorso milanese del '96 <sup>(10)</sup> per accorgersi di come l'unanime preferenza espressa a favore del governo 'democratico' rispetto alle altre forme tradizionali di reggimento politico non sia argomentata, da parte di vari autori, rinviando alle clausole immutabili ed eterne del patto sociale, ovvero al diritto irrinunciabile che il corpo politico sempre conserva a porsi come esclusivo legislatore di se stesso. La grande maggioranza dei concorrenti adduce invece a sostegno della propria tesi motivazioni di ordine genericamente morale o prettamente empirico. La democrazia, nota per esempio un anonimo influenzato ancora da Montesquieu, è il governo che dev'essere preferito perché in esso « vi è più virtù che

<sup>(9)</sup> Cfr. R. DERATHÉ, *Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1950, p. 37 ss.

<sup>(10)</sup> Pubblicati nei tre volumi curati da Armando Saitta: *Alle origini del Risorgimento: i testi di un « celebre » concorso*, Roma, 1964.

in ogni altro »<sup>(11)</sup>; analogamente Giovanni Fantoni si esprime senz'altro a favore del governo democratico perché a suo dire esso è il solo in cui « non possa germogliare stabilmente nel cuore degli amministratori né ambizione, né avarizia »<sup>(12)</sup>. Melchiorre Gioia, per parte sua, vincitore del concorso, imposta tutto il suo lavoro secondo i più classici canoni dell'empirismo settecentesco, come una ricerca sistematica di quella forma di governo in cui « non abbiansi a temere né gl'effetti dell'ignoranza, né le risoluzioni precipitose, né le determinazioni del capriccio, né gl'eccessi delle passioni »<sup>(13)</sup>, passando in rassegna una per una le varie forme pure e miste, ed enunciando di ciascuna pregi e difetti operativi, fino a coronare quella « democratico-rappresentativa » come la meno dannosa e la meno corruttibile. Sulla stessa linea si collocano egualmente personaggi come Carlo Botta<sup>(14)</sup> o Francesco Reina<sup>(15)</sup>, in cui prevale la preoccupazione di adeguare la nuova forma di governo alla situazione di arretratezza culturale e di indifferenza politica che caratterizza la nostra penisola. Nessuno di questi autori, per quanto sinceramente democratico ed ardentemente 'giacobino', sembra aver messo a fuoco con specifica consapevolezza il nuovo imperativo rousseauviano dell'indisponibilità del potere fino a farne il fulcro di un discorso complessivo sullo Stato. Il tenore stesso, del resto, del tema di concorso del '96 (« Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità dell'Italia »), relegando nella premessa il problema di cosa si debba intendere per 'governo libero', invitava gli autori a calarsi completamente sul terreno dell'empiria politica, sottendendo già una risposta evidente al suo quesito: il miglior governo è sempre quello meglio governato<sup>(16)</sup>.

Il punto d'arrivo di questa logica meramente sapienzialistica, che in Italia sopravvive abbondantemente all'esperienza rivoluzionaria,

<sup>(11)</sup> *Op. cit.*, vol. II, p. 244.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*, vol. I, p. 177.

<sup>(13)</sup> *Ibidem*, vol. II, p. 19.

<sup>(14)</sup> Il quale, certo, arriva anche a reclamare per l'Italia istituzioni più democratiche di quelle francesi: ma argomentando la sua opinione non sulla base di un diritto imprescrittibile del popolo all'autogoverno, bensì adducendo l'indole del popolo lombardo, che essendo, rispetto a quello francese, assai più « lento e lontano dal tumultuare », dev'essere adeguatamente stimolato alla partecipazione politica (*op. cit.*, vol. I, p. 15).

<sup>(15)</sup> Che nel proemio del suo progetto, fondato sul principio dei *checks and balances*, si richiama espressamente ai due noti versi di Pope: « For forms of government let fools contest: - Whatever is best administered, is best » (*op. cit.*, vol. II, p. 415), indicando in essi la massima fondamentale della saggezza politica.

<sup>(16)</sup> Ciò non toglie, beninteso, che vi siano stati anche vari concorrenti capaci di impostare in maniera concettualmente 'moderna' il tema della loro dissertazione (da Giovanni Ristori a Pierre Rouher, da Matteo Galdi a Giovanni Tirelli), interpretando il loro lavoro come un adeguamento del dogma teorico della sovranità inalienabile alla concretezza della situazione storica in cui esso doveva calarsi. Compagnoni, come vedremo, si colloca appunto su questa nuova linea metodologica.

può essere indicato in modo paradigmatico nella proposta costituzionale avanzata da Romagnosi nel corso dei primi anni della Restaurazione, ormai fondata non solo su un rifiuto degli esiti totalitari del pensiero di Rousseau (motivo comune a tutto quanto il liberalismo francese di quegli anni), ma sulla condanna della stessa intelaiatura formale del discorso rousseauviano, che viene accomunato infatti in uno stesso giudizio negativo col pensiero politico di Kant. Il risultato di queste premesse sarà costituito da uno sforzo progettuale grandioso e raffinatissimo, che a buon diritto può esser considerato come l'espressione più compiuta del costituzionalismo empirico del Settecento, ma che sfocia, proprio per questo, in un prodotto irrimediabilmente utopico (17).

Questo binario, in realtà, che è ancora quello della vecchia scienza politica settecentesca, non consente la formazione di una nuova dogmatica giuridica del potere per il semplice motivo che vi manca appunto il dogma fondamentale; la dogmatica giuridica che ogni empirista sottende alla sua proposta (ne sia egli consapevole o meno) è ancora quella del giusnaturalismo pufendorfiano, quella cioè che fondandosi sul meccanismo del doppio contratto (*societatis* e *subiectionis*) e sulla liceità della alienazione politica, considera giuridicamente legittimo qualsiasi assetto di potere positivo, salvo a segnalarne certe disfunzioni e manchevolezze rispetto ad altri modelli più perfezionati.

Un secondo gruppo di autori, invece, recepisce in pieno un Rousseau filtrato attraverso l'esperienza del giacobinismo francese e l'esempio del momento 'eroico' della Grande Rivoluzione. Personaggi come Vincenzio Russo (18) o come Matteo Galdi (19) hanno interiorizzato profondamente la sconvolgente novità delle pagine del *Contratto sociale*; e più ancora hanno assistito con estatico entusiasmo alle loro sorprendenti applicazioni pratiche nel contesto del Terrore. Nella regola della inalienabilità del potere essi vedono la necessità assoluta di instaurare una perfetta « democrazia popolare » come « solo sistema di società conforme alla natura umana »; e seguendo l'esempio di Robespierre e di Saint Just essi non esitano ad affermare che « appena altri in qualsiasi modo vuole per me, io non uso più la libertà mia » (20). La « rappresentanza legislativa », che non è, di per sé, « meno

(17) Sul punto si può vedere L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I. *Il progetto costituzionale*, Milano, 1985. Una posizione ancora diversa, ed intellettualmente assai più nuova e matura, dev'essere invece riconosciuta a Vincenzo Cuoco, in cui il rifiuto dell'apriorismo rivoluzionario si traduce nell'adesione ad una prima forma di storicismo.

(18) I cui *Pensieri politici*, pubblicati nell'estate del '98, proponevano un rilancio dell'espansione rivoluzionaria contro la politica incerta del Direttorio.

(19) Il quale già nella dissertazione elaborata per il concorso del '96 sosteneva con forza l'idea che non c'è « angolo della terra abitabile, sotto qualunque clima », che non sia « suscettibile di un governo democratico » (*Alle origini*, cit., vol. III, p. 304).

(20) V. Russo, *Pensieri politici*, in *Giacobini italiani*, a cura di D. CANTIMORI, Bari, 1956, vol. I, p. 274.

diforme dalla natura umana di quel che sia ogni più irregolare forma di regime », diventa un male purtroppo necessario quando una lunga schiavitù ha degradato il popolo fino a renderlo incapace di autogovernarsi <sup>(21)</sup>. La democrazia rappresentativa, quindi, è una forma di governo puramente transitoria, destinata a vivere solo per auto-distruggersi nel corso del periodo strettamente necessario ad educare il popolo ai suoi dimenticati doveri.

Interpretato in questa maniera, il nuovo principio di validazione dell'ordinamento diventa così esigente nelle condizioni che pone da proiettare in buona sostanza l'unico tipo di Stato legittimo in un mitico futuro a cui è consegnato il compimento della Rivoluzione. Il nuovo dogma, appena creato, rivela tutta la sua incompatibilità con la storia, e si trova relegato nell'ambito di una dimensione utopistica rispetto all'effettività di ogni ordinamento <sup>(22)</sup>.

Se veniamo ora finalmente a Compagnoni, risulta subito evidente come egli si ponga in una posizione consapevolmente differente rispetto a quella prefigurata dall'uno e dall'altro atteggiamento descritto <sup>(23)</sup>. Egli pone Rousseau al centro del suo discorso con una decisione che lo avvicina ai democratici 'puri', ma al tempo stesso ne offre una lettura risolta tutta in termini di categorie formali, una lettura 'giuridica', cioè: quella stessa che sta alla base di tutto il costituzionalismo francese dall'89 in poi.

Come moderato, dichiaratamente ostile al terrore, e come giurista, sensibile alla concretezza dell'esperienza, egli guarda con malcelata insofferenza a quel democratismo egalitario, velleitario ed ingenuo, professato da tanti suoi contemporanei; e soprattutto pare consapevole che il vero ostacolo all'instaurazione di una perfetta democrazia non è tanto costituito da un ancor troppo basso livello culturale delle masse, quanto da quella strutturale ed indefettibile necessità, comune alla « massima parte de' cittadini componenti un gran popolo, di attendere

<sup>(21)</sup> *Ibidem*: « popolo, io non ledo la tua maestà; non insulto l'avvilimento nel quale ti hanno inabissato i tiranni: ma forza è pur confessarlo, tu non hai ora i lumi necessari per reggere una repubblica nelle difficili circostanze di una rivoluzione ... » (così in un articolo sul *Monitore* di Roma del 1798, a p. 391 del volume antologico già citato).

<sup>(22)</sup> Paradigmatiche sotto questo profilo le ben note posizioni di Russo, che culminano nell'idoleggiamento di una società di agricoltori-filosofi, povera e casta, come unico modello di ordine sociale concretamente in grado di sopportare un ordinamento democratico puro.

<sup>(23)</sup> Anche se nella sua produzione del periodo 'giacobino' si registrano certe adesioni al costume retorico dell'epoca, come il *pamphlet* popolare pubblicato nel '97 sotto il titolo *Epicarmo, ossia lo Spartano*, in cui, attraverso la metafora dell'antica Grecia, si prospetta una società fondata sulla comunione dei beni e sulla partecipazione popolare continua. Il '97, del resto, è lo stesso anno della redazione degli *Elementi*, opera caratterizzata invece da un consapevole realismo: la mitologia di maniera non è che il frontespizio variopinto di un edificio ben politicamente controllato.

a' suoi affari economici » (24): solo un'economia schiavistica, o una società affogata nella miseria, possono consentire di instaurare storicamente un regime di partecipazione permanente. Al pari dei costituenti francesi dell' '89, e poi degli uomini di terrore e dell'anno III, Compagnoni è in realtà convinto che il vero significato storico della Rivoluzione non sia stato per niente quello di creare una mitica eguaglianza di fatto, ma di modificare la configurazione interna ed il ruolo istituzionale dell'*élite*. Modificarne la configurazione: cioè sostituire all'*élite* del sangue quella dei lumi e dei talenti; modificarne il ruolo istituzionale: cioè promuoverla dalla sua vecchia funzione di strumento di controllo e di contrappeso politico nei confronti del monarca al ruolo di titolare immediata ed esclusiva del potere. Tanto basta per imporre l'abbandono della vecchia dogmatica che considera popolo e principe come i due elementi primigeni ed irriducibili dell'edificio politico, escludendo così l'*élite* da una posizione protagonista. Per consentire ai migliori di accedere alle stanze del potere occorre infatti per forza superare la distinzione invalicabile tra governanti e governati, fondando una nuova teoria della legittimazione che metta a buon frutto il materiale teorico prodotto dal Settecento (e da Rousseau in ispecie), evitando con cura, però, di cadere negli equivoci grossolani di chi prende alla lettera le sue metafore.

Ciò che rende il libro di Compagnoni assai più credibile ed intellettualmente maturo rispetto alla media della letteratura 'giacobina' italiana è proprio questo: la coscienza, cioè, che l'autore manifestamente possiede di lavorare con delle metafore, funzionali soltanto a veicolare concetti di ordine formale e non suscettibili di alcuna trasposizione immediata.

Il punto di partenza di Compagnoni, rigorosamente ligio all'ortodossia rousseauviana, viene riassunto nella sua definizione di sovranità: « è la sovranità la volontà generale risultante dalle particolari volontà combinate insieme in virtù del Contratto » (25).

A differenza della maggioranza dei moderati cisalpini, che continuano ad applicare alla materia politica soltanto una logica *a posteriori*, Compagnoni pone a fondamento del suo edificio il dogma incondizionato della inalienabilità della volontà generale (« quando si trasmettesse, non sarebbe più generale; perciocché tutti gli altri, ai quali non fosse trasmessa, essendo pure una parte indivisibile del tutto, non concorrerebbero all'esercizio della medesima ») (26). Non vi potrà essere

(24) *Elementi*, p. 223.

(25) *Ibidem*, p. 48.

(26) *Ibidem*, p. 56. Il nucleo fondamentale degli *Elementi* ci pare costituito appunto dal Cap. VII — giustamente elogiato da Mereu —, in cui si svolge in forma estremamente chiara l'assioma già enunciato da Rousseau in aperta polemica con Pufendorf e col contrattualismo della sua scuola: che cioè la costituzione del Governo non può mai essere considerata alla stregua di un contratto alienativo.

mai, cioè, alcuna circostanza empirica abbastanza condizionante da spogliare il corpo sociale di questo suo indefettibile diritto, di volere la volontà politica ad esclusione di qualsiasi volontà individuale.

Ora, lo sforzo del costituzionalista consiste appunto nello svolgere questo dogma e soprattutto nell'attualizzarlo, dimostrandone, attraverso una serie di equazioni intermedie, la compatibilità effettiva con un certo modello istituzionale concreto, còndito o condendo che sia, e che nel caso di Compagnoni coincide con la costituzione direttoriale, rappresentativa, censitaria, e fondata sul principio dell'equilibrio tra i poteri così estraneo alla lettera del *Contratto sociale*.

Per portare a compimento questo disegno, Compagnoni innanzitutto perfeziona e sviluppa la distinzione tra forme di Stato e forme di governo, che non a caso sarà destinata a costituire in futuro una premessa obbligata di qualsiasi discorso giuridico sullo Stato.

Ciò che vi è di *a priori*, infatti, nello Stato di Rousseau si esaurisce nella necessità assoluta che il potere legislativo coincida con la volontà generale: a seconda che la titolarità di tale potere, dunque, spetti solidalmente a tutti i cittadini oppure solo ad alcuni, otteniamo due tipi fondamentali di forme di Stato: quelle legittime e quelle illegittime o dispotiche (in quest'ultima categoria effettivamente Compagnoni compendia esplicitamente, svolgendo ed in parte superando il pensiero implicito di Rousseau, la maggior parte degli ordinamenti europei d'antico regime) <sup>(27)</sup>. Il potere esecutivo, viceversa, non implicando alcuna libertà politica in chi lo esercita, può essere liberamente delegato senza contraddire i postulati del contratto sociale. Avendo così deciso di chiamare 'gouvernement' l'organo esecutivo della volontà generale, Rousseau non trova alcuna difficoltà a recuperare la teoria tradizionale delle forme di governo pure e miste, con tutta la dose di congenito relativismo empirico che da sempre l'ha accompagnata, innestandola, per così dire, sul nocciolo indisponibile del suo Stato.

L'impegno di Compagnoni, di fronte a questa struttura, consiste nel tener ferma naturalmente tutta la prima parte del *Contract*, ribadendo la regola della inalienabilità del potere legislativo come condizione di legittimità dell'ordinamento nel suo complesso, per introdurre invece nella discussione a carattere squisitamente tecnico dedicata alla tipologia delle varie forme di governo, una nuova forma 'mista', definita appunto, sulla falsariga del costituzionalismo d'oltralpe, come « democrazia rappresentativa ». Sconosciuta agli antichi, essa costituisce un perfezionamento della forma democratica, che resta la meno difettosa delle tre 'pure', ma che non riesce, in mancanza di opportune

---

<sup>(27)</sup> *Elementi*, cap. IX. Compagnoni parla del dispotismo nella sezione del suo trattato dedicata alle forme di governo, ma solo per dichiarare che esso in realtà non è un « governo » nel senso tecnico dell'espressione (cioè un « corpo intermedio stabilito tra il Sovrano e lo Stato »), bensì, appunto, una forma di Stato stessa, ancorché assolutamente « irregolare ».

correzioni, ad essere trasferita oltre i limiti della mitica città-Stato <sup>(28)</sup>. Così facendo, certo, il costituzionalista non si limita ad offrire una diversa configurazione del solo potere esecutivo, ma incide sulla stessa fisionomia del legislativo, oltrepassando i limiti del discorso sulla forma di governo e mettendo quindi a repentaglio la legittimità stessa del nuovo Stato — in apparenza, infatti, « concedere ... a de' rappresentanti che facciano la legge, è un contraddire evidentemente a ciò che forma la base di ogni ben intesa e giusta costituzione » <sup>(29)</sup>, secondo l'antica, notissima ammonizione dello stesso Rousseau —. Ma Rousseau — ecco il punto — non ha sviluppato adeguatamente la sua analisi del concetto di volontà generale: come del resto proprio lui ha insegnato, essa non è tale perché voluta coscientemente da tutti, ma perché oggettivamente buona. Si tratta cioè di un'idea-limite, il cui depositario teorico non può che essere il popolo (solo ciò che può esser voluto da tutti è sicuramente giusto per ciascuno), ma ciò non significa che la sua enunciazione effettiva non possa essere opera di una minoranza qualificata ed affidabile: « imperciocché il fare una legge non è certamente un creare la volontà generale, ma semplicemente un annunziarla ». La funzione legislativa, perciò, si riduce in concreto ad un'attività puramente tecnico-intellettuale: « propriamente parlando, è l'asserzione di un fatto », ed in questo senso diventa logico affidarla a « funzionarj officiosi e fiduciarj, pel concetto della sola loro capacità scelti dai cittadini ad esplorare con maturo criterio quale sia la volontà generale » <sup>(30)</sup>.

È evidente, a questo punto, come il linguaggio di Compagnoni coincida esattamente con quello dei costituenti dell' '89 e dei moderati di terrore: sia qui che là il problema politico è stato ridotto ai termini di un « degagement » della volontà generale affidato alle esperte mani di un'élite culturalmente selezionata, che assume come proprio compito specifico quello di rimuovere « l'inviluppo delle particolari opinioni e de' subalterni interessi » <sup>(31)</sup>.

<sup>(28)</sup> *Elementi*, cap. XIII: « ... soltanto fra popoli di scarsissimo numero, separati dal restante del genere umano, e confinati in poco benigno terreno può metter radici la vera Democrazia ». Continuare a farne il fulcro di ogni ragionamento sull'ordine politico « egli è questionare sulla statura di un gigante che nessuno vede giammai » (p. 216).

<sup>(29)</sup> *Elementi*, p. 233.

<sup>(30)</sup> *Ibidem*, « Conviene infatti confessare che questo fatto — cioè il reale tenore della volontà generale — non è di tale natura da scoprirsi col mero uso de' sensi. Esso esige delle grandi combinazioni di principj e di circostanze. Perciò è uopo che precedano lunghissime discussioni e diligentissimi esami, e dibattimenti vivissimi », come quelli resi possibili appunto dal bicameralismo equilibrato della Costituzione dell'anno III: « e se umana cosa, qual è la volontà generale, può scoprirsi e conoscersi, non v'ha dubbio che non si scopra e non si conosca con questi mezzi » (p. 234).

<sup>(31)</sup> « Che mancherebbe mai dopo di ciò? Convocandosi il popolo, non potrebbe che ripetere la stessa espressione. Ma quando sia già essa manifestata,

Che cosa resta allora, vien naturale di chiedersi infine, della sovranità popolare posta da Rousseau alla base del suo edificio? Sul piano formale, resta proprio l'essenziale: il fatto cioè che i governanti non godano più di una loro soggettività giuridica distinta da quella del corpo politico, ma si pongano, rispetto a quest'ultimo, nella posizione di un *organo* deputato a formarne la volontà (definizione che non troviamo ancora esplicitata con chiarezza in Compagnoni come in nessun altro dei suoi contemporanei, ma di cui comincia ad emergere il profilo dal contesto della sua e della loro dottrina).

Il Compagnoni del '97, è vero, sembra ancora seriamente preoccupato dall'esigenza di assicurare una qualche forma di verifica della volontà legislativa da parte del popolo — obiettivo che la cultura politica termidoriana ha invece accuratamente accantonato —: ma le sue proposte in materia risultano poi estremamente prudenti, riducendosi in sostanza ad un'esaltazione del diritto di petizione, che viene considerato come un rimedio taumaturgico ad ogni eventuale discrasia effettiva tra rappresentanti e corpo sociale (in realtà si tratta di un diritto già ben noto sotto l'antico regime, che, non vincolando in alcun modo i governanti, non può esser confuso col *referendum* popolare previsto nella costituzione francese dell'anno I, come sembrano invece suggerire certe pagine di Mereu) <sup>(32)</sup>. Di lì a poco, Sieyès, sviluppando ulteriormente i medesimi postulati, concluderà che l'elettività stessa dei rappresentanti non è assolutamente una condizione necessaria alla legittimità dello Stato, facendosi così promotore del colpo di Stato del 18 brumaio e della nuova costituzione consolare.

4. A conclusione di questa breve analisi, vorremmo terminare con un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, è evidente che Compagnoni, a differenza della generalità degli scrittori 'giacobini' suoi contemporanei, non è solo un politologo, ma si pone nei confronti dell'ordinamento politico e dei suoi problemi con l'animo di un vero giurista. Per questo motivo, gli spetta certamente un posto preciso — anche se forse non eminente — nella storia della scienza giuspubblicistica; un posto che da un lato rivela una parentela strettissima rispetto a quello occupato dai grandi progettisti francesi del governo rappresentativo (da Sieyès a Thouret a Condorcet); mentre dall'altro, proprio per quel suo approccio dichia-

---

chi non vede non essere più bisogno di esprimerla? Deve esprimersi ove non sia nota » (*ibidem*, p. 235): potrebbero essere parole del Sieyès dell'89 (cfr. P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Paris, 1939, p. 355 ss.).

<sup>(32)</sup> Si tenga conto, in particolare che Compagnoni, fedele all'enunciato tassativo della Costituzione cisalpina (art. 365), considera il diritto di petizione come una facoltà esercibile soltanto a livello rigorosamente individuale, ribadendo l'assoluta illegittimità delle petizioni collettive, giusta il dogma rousseauviano che esige « il possibile isolamento degli individui » come condizione-base per una corretta manifestazione della volontà generale (*Elementi*, p. 239 ss.).

ratamente formalistico col tema costituzionale, prelude già alla futura dogmatica ottocentesca del diritto pubblico. L'unanime condanna che il secolo XIX pronuncerà a carico di Rousseau — il filosofo « sì benemerito del genere umano »<sup>(33)</sup> che ha fornito a Compagnoni lo schema del suo trattato — non gli impedirà di appropriarsi avidamente del nuovo dogma che proprio Jean Jacques ha per primo enunciato, pur riformulandolo attraverso metafore di differente origine: l'idea che la personalità dello Stato non sia altra cosa che la società stessa nel suo momento politico troverà per esempio un ottimo veicolo nella teoria del Volksgeist, la quale tutela altrettanto bene l'esigenza di spersonalizzare totalmente la titolarità del potere<sup>(34)</sup>. Unica vera differenza tra questo costituzionalismo rivoluzionario e le sue future filiazioni ottocentesche sarà l'affermazione che ogni assetto storico di potere, per il fatto solo di esistere positivamente, è assistito da « questo consenso generale della comunità, elemento costitutivo del potere sovrano »<sup>(35)</sup>, giusta il nuovo dogma storicista della razionalità del reale. La categoria del « governo dispotico » cessa perciò di avere un significato giuridico, a differenza di ciò che Compagnoni ricavava da Rousseau: ma è pur sicuro che una volta ammessa la rappresentatività del potere sovrano la distinzione effettiva tra governi dispotici e non perde molta della sua nettezza teorica, affidata com'è ormai ad un complesso di circostanze empiriche per forza di cose assai elastiche e variamente opinabili. Il criterio legittimante dello Stato rappresentativo rivoluzionario non troverà perciò molti ostacoli a trasformarsi nella pietra angolare di una nuova teoria generale dello Stato *tout court*.

Tutto ciò sembra rovesciare l'immagine positiva del Compagnoni 'giacobino' tracciata da Mereu, scoprendo invece il ritratto di un precoce maestro della mistificazione 'borghese'. Nell'atto stesso di dichiarare la propria adesione al pensiero di Rousseau, Compagnoni ha svuotato di contenuto il nuovo principio della sovranità popolare, conservandone intatto solo l'involucro formale che gli serve per attribuire il potere all'*élite* dei talenti e del danaro, ed ha creato quella teoria giuridica dello Stato da cui lo stesso costituzionalismo contemporaneo cerca ormai da tempo di affrancarsi.

La critica in astratto può esser giusta, anche se ad un esame approfondito si rivelerebbe abbastanza impegnativo per l'interprete stesso: fino ad obbligarlo, forse, se volesse essere coerente fino in fondo, a denunciare la categoria stessa del diritto pubblico, o magari quella del

<sup>(33)</sup> *Elementi*, p. 165.

<sup>(34)</sup> 'Lanciata' da Gerber, questa costruzione della personalità pubblica farà breccia nella dottrina tedesca (cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979) ed in seguito italiana (per tutti, F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato. Ricerche sul pensiero giurispubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, cap. III).

<sup>(35)</sup> V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1919<sup>5</sup>, p. 62.

diritto in generale, che per la sua medesima natura si fonda su di un meccanismo *lato sensu* mistificatorio — ogni norma giuridica per definizione chiede l'osservanza delle prescrizioni storicamente determinate che contiene appellandosi ad un principio di validazione assoluto e metastorico —. Un critico più cauto potrebbe invece limitarsi a deplorare il giusnaturalismo scarsamente consapevole di Compagnoni: il suo accettare acriticamente, cioè, di lavorare, in quanto giurista, non sulle norme positive, ma sui valori che le sorreggono, sconfinando così fatalmente in atteggiamenti di tipo giustificazionista. Osservazione fondata, certo, ma scarsamente significante per lo storico, il quale prende atto che tutti i giuristi del secolo XVIII (con l'unica seria eccezione di Bentham) interpretano il loro ruolo alla stessa maniera (senza contare che non sarà certo tanto pseudo-positivismo ottocentesco a cambiarlo radicalmente nella sostanza). Sul piano di un giudizio più propriamente storico, infine, si potrebbe fare ipoteticamente carico a Compagnoni di aver 'tradito' una concezione democratico-radical dello Stato solo a patto di ritenere che una tale proposta fosse contenuta veramente nelle pagine del *Contratto sociale*, o che comunque nel dibattito politico dell'epoca essa avesse raggiunto una consistenza relativamente concreta, superando lo stadio del modello mitologico. Sul primo punto, com'è ormai ben noto, la storiografia si è espressa per la negativa, verificando il carattere eminentemente logico-formale del discorso svolto nel *Contract* <sup>(36)</sup>; sul secondo, invece, se il dibattito sulla reale fisionomia della democrazia rivoluzionaria francese pare ora completamente aperto <sup>(37)</sup>, si può considerare ormai chiuso per ciò che riguarda il 'giacobinismo' italiano, il quale presenta un aspetto ideologicamente nebuloso, quando non proprio superficiale e velleitario <sup>(38)</sup>.

A giudizio di chi scrive è invece evidente come Compagnoni, con la sua lettura di Rousseau risolta tutta in termini di categorie formali,

---

<sup>(36)</sup> Ce lo ricorda per tutti Iring FETSCHER (*La filosofia politica di Rousseau. Per la storia del concetto democratico di libertà*, trad. it. Milano, 1972) al quale si deve la definitiva demolizione del vecchio cliché di Rousseau 'filosofo rivoluzionario'. Del resto, anche sul piano formale l'interpretazione del *Contract* offerta da Compagnoni è meno forzata di quel che possa sembrare, se è vero che Rousseau considerava naturale che al potere esecutivo, elitario e ristretto, spettasse una fondamentale funzione di indirizzo politico nei confronti del popolo sovrano, rendendolo così partecipe del potere legislativo.

<sup>(37)</sup> In particolare tra chi, come Furet, tende a presentare il democratismo giacobino come un fenomeno sociologico indotto rispetto al processo rivoluzionario avviato nell' '89, e chi invece gli vuole confermare una proprio ed autonoma originalità storica: cfr. V. VIDOTTO, *Il recente dibattito storiografico sulla Rivoluzione francese*, in AA.VV., *La Rivoluzione francese: problemi storici e metodologici*, Milano, 1979.

<sup>(38)</sup> In questo senso, sembrano conclusive le già citate pagine di Furio Diaz, nel loro bilancio delle discussioni sul tema che caratterizzarono gli anni '50 e '60.

ne abbia dimostrato una comprensione più acuta di quella di molti suoi contemporanei; e rifiutando gli aspetti più cartapestacei ed effimeri del nuovo universo politico, abbia saputo proseguire, con equilibrio e consapevolezza, lungo la via maestra inaugurata nell' '89 e riproposta dalla Costituzione dell'anno III.

UMBERTO SANTARELLI

## HISTORIA JURIS PROPRISSIME DICTA

(A proposito di Guido ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, raccolta di scritti a cura di Giovanni DIURNI, *Prefazione* di Giovanni CASSANDRO, « Ius Nostrum », Studi e testi pubblicati dall'Istituto di Storia del Diritto italiano dell'Università di Roma, 2ª serie, n. 1, 3 voll. (I, pp. 1-XL + 1-580; II, pp. 581-1332; III, pp. 1333-2320), Roma, 1984)

È certamente una *bona et laudabilis consuetudo* questa, che sta invalidando, di sostituire le vecchie sillogi di scritti 'in onore' o 'memoria' di chicchessia con la ristampa ordinata degli scritti (magari solamente dei minori e meno comodamente reperibili) dell'onorando o memorando. Costumanza lodevole, sempreché — com'è ovvio — l'onorando sia degno d'onore e il memorando di memoria; che la sua personale vicenda d'uomo di scienza sia in qualche modo assumibile a simbolo di quella più generale che la scienza da lui coltivata visse nel tempo della sua operosità. In questo senso, che è reale e nient'affatto retorico, direi che gli 'scritti minori' si posson, sì, ed anzi si debbon ristampare, ma solamente dei 'protagonisti', di coloro legger le cui pagine significhi ripercorrere anche la storia della scienza che essi professarono.

Tutto questo si può certamente affermare di Guido Astuti: non solo ch'egli è degno di memoria, ma che fu di certo un protagonista fra coloro che in Italia coltivarono gli studi storico-giuridici dai primi anni trenta agli anni settanta di questo secolo (fra i trapassati suoi coetanei direi che solo Francesco Calasso, da lui così diverso, gli fu pari: ed anche del Calasso infatti gli scritti minori, seppur non tutti insieme, si ristamparono e si leggono e rileggono con profitto e curiosità).

Il senso vero, dunque, di questa <sup>(1)</sup> monumentale riproposizione degli scritti 'minori' di Astuti — tali nel solito senso, tutto estrinseco, d non comparsi dapprima nella foggia di libro <sup>(2)</sup> — non è solamente

---

(1) La raccolta è divisa in cinque sezioni: la prima dedicata alla *Storia delle fonti e della giurisprudenza* (pp. 1-580); la seconda alla *Storia della legislazione e del diritto pubblico* (pp. 583-965); la terza alla *Storia del diritto privato* (pp. 969-1331); la quarta alla *Storia del diritto commerciale e dell'organizzazione mercantile* (pp. 1335-1663); la quinta, infine, riproduce le più cospicue fra le molte *Voci di enciclopedia* (pp. 1667-2200) che l'A. scrisse.

(2) Per dare un'idea complessiva di questa raccolta, potremo notare soltanto

quello, già da sé solo non tenue, di documentare le tappe della sua avventura intellettuale, ma è soprattutto l'altro e più 'generale' di mostrarci, rispecchiati nel 'piccolo' non piccolo della riflessione di lui protagonista, fatti e difetti, pregi e mancamenti, coerenze e contraddizioni del nostro sapere: di indurci — e, perché no?, di costringerci — ad un bilancio non del tutto provvisorio dello stato dei nostri studi, a dare un'occhiata alla strada che s'è percorso e a quella che sta ancora davanti a noi e a chi verrà dopo di noi.

\* \* \*

Se questo bilancio vuol esser davvero, come pur deve, onesto, bisognerà partire da una domanda essenziale, che può anche apparire ingenua ai metodologi smalziati e agli epistemologi addottrinati, ma che conserva una sua rude capacità di *discretio spirituum* fra chi può e chi non può dirsi uno storico del diritto: di che cosa fanno la storia gli storici del diritto? La pose vent'anni fa Piero Fiorelli<sup>(3)</sup>; se la dovrebbero (ce la dovremmo) porre quanti decidono di darsi a questo specialissimo *métier d'historien* (o *de juriste?*); se la pose Guido Astuti, e vi dette risposte che questi volumi documentano con grande dovizia.

Si è detto da più d'uno, commemorandolo, che Astuti fu giurista: non solo perché fu cultore (cultore nel senso più pieno, di studioso e di pratico) del diritto vigente, ma anche perché la sua vocazione di storico intese in modo preciso (quasi parrebbe di dover dire: austero) come vocazione alla più specifica *historia juris*. Chi volesse, da questi scritti dei quali stiamo ragionando, aver la conferma per *tabulas* della vocazione di giurista dell'Astuti, e trovar nel contempo un esempio nitidissimo di qual sia — *propriissime loquendo* — l'oggetto specifico della storia giuridica, non ha che da aprire il terzo dei volumi che li raccolgono e sfogliare le 'voci' di enciclopedia (che son solamente le principali tra quelle ch'egli scrisse: undici su trentadue). Scritte tutte (le ristampate e le pretermesse, queste non tutte 'minime') tra il 1958 e il 1979<sup>(4)</sup>, per testimoniare d'una raggiunta maturità e non (come talvolta accade) come faticosa prova di giovanile erudizione, quelle 'voci' che oggi ci vengono riproposte riguardano tutte capitoli essenziali di quel sapere specifico e tecnicissimo che è il sapere

---

che, delle 267 voci che compongono l'intera bibliografia degli scritti di A., detratte le 15 che riguardano libri (dello stesso A. o di cui A. fu curatore o prefatore), residuano 252 scritti, dei quali solamente 56 sono stati ora ristampati.

(3) FIORELLI, *Giuristi e linguisti tra istituzione e storia*, 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. 457.

(4) Questo discorso non tiene volutamente conto di tre brevissime voci di A. giovane: due (*Guidrigildo* e *Ius primae noctis*) pubblicate sull'*Enciclopedia giuridica italiana* nel 1935 e una (*Dote di paraggio*) comparsa nel 1937 sul *Dizionario pratico del diritto privato*.

del giurista: *acque* <sup>(5)</sup>, *azione di arricchimento, cessione, compensazione, consuetudine, contratto, deposito, feudo, legge, obbligazioni*. Solo chi fosse stato capace di manovrare ad un tempo e con ugual perizia gli strumenti della teoria generale del diritto, le categorie storiografiche e i congegni più delicati della tecnica giuridica poteva affrontare — con la padronanza che la 'voce' enciclopedica domanda al suo autore — temi di quella vastità: Astuti li affrontò, cogliendo quelle occasioni così ardue per ricordare nel modo più persuasivo, non pure agli storici del diritto suoi colleghi quanto ai suoi colleghi studiosi del diritto 'positivo' (che, allora forse più che ora, così spesso e tanto volentieri se ne scordavano), che la dimensione storica è componente essenziale d'una *scientia juris* che voglia restar se stessa senza scadere in un'otusa *école de l'exégèse* priva di senso e financo di dignità.

La storia del diritto come scienza giuridica, potrebbe dunque dire chi volesse — da queste 'voci' di enciclopedia di Astuti — estrarre una sorta di massima metodica: la stessa, certo, che si ricava anche ponendo mente ad una gran parte dell'Astuti 'maggiore' quale ci è conservato dai suoi lavori di più vasto impegno, da quelli giovanili sulla *commenda* <sup>(6)</sup> sulla *collegantia* <sup>(7)</sup> e sul costituito di debito <sup>(8)</sup> a quelli dell'età matura sui contratti obbligatori <sup>(9)</sup> sui principi generali del sistema contrattuale <sup>(10)</sup> e — sul versante del diritto pubblico — sulla formazione dello stato moderno <sup>(11)</sup>.

In questo primo senso l'antologia ora pubblicata degli *Scritti* conferma che Astuti fu, fra gli storici del diritto, un protagonista vero: lo fu per come seppe — sul campo aperto e sperimentale della ricerca e del magistero, non nella penombra fidata delle elucubrazioni

<sup>(5)</sup> Le voci *Acque* che A. scrisse per l'*Enciclopedia del Diritto* furon due: la prima storica (col sottotitolo, per l'appunto, di *Introduzione storica generale*) ed un'altra — intitolata *Acque private* — che tratta materia di diritto vigente: con quanto rigore tecnico, chiunque può giudicare leggendo (in questa *Raccolta*, III, pp. 1749-1773).

<sup>(6)</sup> *Origine e svolgimento storico della commenda fino al secolo XIII*, Torino, 1933; e *Ancora su le origini e la natura giuridica del contratto di commenda marittima*, in *Atti del Congresso internazionale di storia del diritto marittimo medievale*, I, Napoli, 1935 ed in questa *Raccolta*, III, pp. 1345-1371.

<sup>(7)</sup> *Note sulla collegantia veneta*, in *Studi di storia e diritto in onore di A. Solmi*, Milano, 1941, pp. 399-467; in *Riv. dir. nav.*, VII (1941), pp. 71-138 ed in questa *Raccolta*, III, pp. 1373-1435.

<sup>(8)</sup> *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, XI, 2, 1937, pp. 81-250; *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano, 1941.

<sup>(9)</sup> *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, parte gen., vol. I, Milano, 1952.

<sup>(10)</sup> *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *ASD*, I (1957), pp. 13-41 ed in questa *Raccolta*, II, pp. 1031-1069.

<sup>(11)</sup> *Lezioni di storia del diritto italiano. La formazione dello Stato moderno in Italia*, vol. I, Torino, 1957.

metodologiche care a chi non ha tempo o fiato da faticar di suo — per come seppe dimostrare nel più concludente e limpido dei modi che lo storico del diritto per l'appunto del diritto deve far la storia, tenendo ben inforcati gli 'occhiali del giurista' e mantenendo vivo e fitto il suo colloquio con gli altri giuristi. Né questo suo dialogare da giurista fra giuristi fu inutilmente rispettoso d'un vano 'gioco delle parti' che valesse a costringer lo storico del diritto in una sua ben confinata *provincia*. Chi scorra la bibliografia di Astuti troverà non pochi scritti di diritto positivo, soprattutto in materia di rapporti agrari e d'usi civici in specie: campi, nei quali il suo 'mestiere' di storico aveva modo di tornare particolarmente utile nelle maglie del 'discorso' giuridico.

\* \* \*

Astuti fu scolaro di Federico Patetta; e il suo non fu di certo un discepolato distratto né pronto a dilungarsi dalla lezione del maestro per dar la prova (magari più a sé che agli altri) d'esser cresciuto « in sapienza ed in età ». Dal Patetta il giovane Astuti ebbe modo d'apprendere molte cose <sup>(12)</sup>: le quali lo formarono, ma deposero in lui anche il seme di talune contraddizioni che non si sarebbero mai più risolte.

Patetta era stato un cultore rigoroso ed entusiasta della più scrupolosa acribia nell'indagine sulle fonti <sup>(13)</sup>, ma aveva saldamente ancorato questo suo canone di severità metodica alla convinzione (a dire il vero assai discutibile) che « in una classificazione razionale delle scienze, essa (sc.: *la storia del diritto italiano*) dovrebbe ad ogni modo esser posta fra le discipline storiche e non fra le giuridiche » <sup>(14)</sup>; e l'ancoraggio infelice aveva finito col qualificare negativamente una scelta metodica di per sé corretta.

Questi canoni del maestro pesarono non poco sul lavoro dello scolaro: nel bene e nel male, esaltandone i pregi e rivelandone contraddizioni e difetti.

L'acribia patettiana fu certamente legata al giovane Astuti, che quando — per esempio — pubblicava il suo lavoro sul *mos italicus* e il *mos gallicus* nel pensiero d'Alberico Gentili editava anche criticamente, in quello stesso 1937, i gentiliani *De juris interpretibus dialogi sex* che avevano costituito la 'materia prima' di quel suo lavoro storiografico. Né fu, questo del lavoro sul Gentili, il solo esempio di felice

<sup>(12)</sup> Al suo maestro rese ampia e puntuale testimonianza di scolaro *in die obitus*: cfr. G. A., *Federico Patetta*, in *RSDI*, XXI (1948), pp. 261-269.

<sup>(13)</sup> Un'acribia che Astuti lodava senza riserve (si veda il necrologio or ora citato) ma che altri ricordava in ben diversa chiave, come testimonia una lettera 'autobiografica' di Edoardo Ruffini a Severino Caprioli pubblicata postuma in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, pp. 1094-1101 e ristampata poi nel volume collettaneo *Per Edoardo Ruffini*, Perugia, 1985, pp. 147-158 (ove cfr. pp. 151 s.).

<sup>(14)</sup> PATETTA, *Storia del diritto italiano - Introduzione*, ed. postuma ampliata a cura di L. BULFERETTI, Torino, 1947, p. 8.

coniugazione tra ricognizione delle fonti e loro utilizzazione come 'materiali per' l'indagine del giurista-storico. Basterebbe pensare a quella « storia del diritto commerciale e dell'organizzazione mercantile » che l'Astuti coltivò così a lungo e con frutti tanto copiosi — dei quali un saggio cospicuo è anche in questa silloge di cui stiamo ragionando <sup>(15)</sup> — e a come, dai primi anni agli ultimi della sua operosità, egli abbia sempre lavorato in questa specifica materia con ammirevole puntualità lungo il doppio itinerario (doppio, si badi, ma u n o) della lettura (e talvolta dell'edizione) delle fonti — libri contabili e cartolari — e della ricostruzione degl'istituti che in quelle fonti trovavano diretta testimonianza.

Ma spesso, ed anche questo può ben dirsi parte affatto integrante del legato patettiano, l'acribia passò il segno e si fece, da strumento (prezioso, sì, ma pur sempre s t r u m e n t o), regola assoluta e quasi *finis primarius* di tutta la fatica. Si prenda, come esempio che ci pare calzantissimo, il pur splendido (e a tutti noi da sempre indispensabile) corso di lezioni sulle 'fonti' altomedievali <sup>(16)</sup>. Fin dalle prime parole dell'introduzione il lettore (e soprattutto il giovane lettore, che a quelle pagine si accosta per apprendere e per formare la propria cultura di giurista) è solennemente avvertito che « oggetto di questo corso è la cosiddetta storia *esterna* delle *fonti* del diritto italiano » <sup>(17)</sup>: la terminologia era già allora, se non proprio desueta, per la meno criticabile e apertamente criticata <sup>(18)</sup>, ma non per questo Astuti esitò a farla propria con tanta franchezza; rafforzandola, anzi — dato e non concesso che d'un rafforzamento ci fosse bisogno — con la notazione 'didattica' che concludeva l'*avvertenza* premessa al volume: « ogni personale esperienza mi ha persuaso che il primo e *migliore* modo di *formare* consiste semplicemente nello *informare* » <sup>(19)</sup>. Storia 'esterna' delle 'fonti' — dunque — (ed anche su quel termine *f o n t i* non poco ci sarebbe da dire <sup>(20)</sup>), malgrado il suo divulgatissimo impiego destinata ad un' 'informazione' fatta « *con chiarezza e precisione* » <sup>(21)</sup> come via prima e migliore per la *f o r m a z i o n e* dei futuri giuristi.

Se vero è che Patetta — si pensi al suo capolavoro didattico, che è l'*Introduzione* — aveva tanto insistito nel discorso (caro alla sua generazione) sugli 'elementi' di cui si comporrebbe la storia della nostra

<sup>(15)</sup> Vol. III, pp. 1337-1663.

<sup>(16)</sup> ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano - Le fonti - Età romano-barbarica*, Padova, 1953 (rist. con appendice di aggiornamento, *ivi*, 1968).

<sup>(17)</sup> ASTUTI, *op. cit.*, p. I (i corsivi sono nostri).

<sup>(18)</sup> Basti rinviare solamente alle lucide pagine del RAGGI, *Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica*, in *BLDR*, 62, III s., I (1959), pp. 199-222 (ora anche in RAGGI, *Scritti*, Milano, 1975, pp. 73-103).

<sup>(19)</sup> ASTUTI, *op. cit.*, p. III (i corsivi sono nostri).

<sup>(20)</sup> Ed è stato detto, per esempio, da ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, pp. 2-5.

<sup>(21)</sup> Sono ancora parole di ASTUTI, *op. loc. ult. cit.*

esperienza giuridica — il romano, il germanico, il canonico — bisogna riconoscere che lo scolaro non fu sordo neanche a questa che di certo non era stata la più alta lezione del suo maestro <sup>(22)</sup>. Non che la ripettesse pedestremente, certo; ma come non riconoscerne un segno chiaro nelle pagine, recenti e finora inedite, da Astuti dedicate alla tradizione dei testi giustinianeî nell'Alto Medioevo <sup>(23)</sup> o in quelle, meno recenti ma non proprio giovanili, significativamente intitolate agli 'influssi romanistici' sul 'diritto longobardo' <sup>(24)</sup>? È inutile soggiungere che il discorso di Astuti non scade mai nella vecchia ottusità positivista che pretendeva di lacerare la calassiana 'inconsutile tunica' dell'esperienza giuridica medievale nei suoi cosiddetti 'elementi'; ed è doveroso riconoscere con quanta lucidità, tanto più degna d'una robusta sottolineatura nelle pagine d'uno scolaro del Patetta, egli cogliesse con mano fermissima la distinzione (epistemologica e metodica) fra indagine filologica ricerca storica e analisi giuridica <sup>(25)</sup>. Ma si deve pur constatare che, ferma e notevolissima restando la provvedutezza dell'approccio e la raffinata intelligenza della trattazione, non viene contestata la proponibilità teorica d'un problema storico di 'influssi' e di 'diritto romano medievale'.

Discorso non dissimile può farsi a proposito di 'recezione': vecchio tema (si sarebbe quasi tentati di dire: vecchio 'cavallo di battaglia') d'un'altrettanto vecchia storiografia giuridica; categoria oggi certamente bisognosa d'una non superficiale revisione. Astuti ne ragionò con grande finezza <sup>(26)</sup>; ma — fermo restando e ben motivato il suo 'no' sia all'idea d'una *ratio Imperii* come titolo giustificativo del vigore del *jus commune*, sia alla contrapposizione 'metafisica' tra *jus commune* e *jura propria* <sup>(27)</sup> — non riuscì tuttavia a liberarsi del tutto,

<sup>(22)</sup> Una lezione che invece lo scolaro recepì cordialmente: cfr. ASTUTI, *Federico Patetta*, cit., partic. p. 266.

<sup>(23)</sup> ASTUTI, *Tradizione dei testi del Corpus Juris nell'alto medioevo*, in questa *Raccolta*, I, pp. 173-235.

<sup>(24)</sup> ASTUTI, *Influssi romanistici nelle fonti del diritto longobardo*, in *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo*, XXII, *La cultura antica nell'Occidente Latino dal VII all'XI secolo*, Spoleto, 1975, pp. 653-703; e in questa *Raccolta*, I, pp. 107-139.

<sup>(25)</sup> ASTUTI, *op. ult. cit.*, p. 110 (della *Raccolta*).

<sup>(26)</sup> ASTUTI, *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico*, in *Atti del Colloquio «Le droit romain et sa réception en Europe»*, Varsavia, 1978, pp. 32-58, ed in questa *Raccolta*, I, pp. 239-262. Ma non è, questo, il solo scritto di Astuti che si potrebbe citare a questo riguardo, pur se questo resta — mi pare — il più emblematico. La finezza di analisi è reperibile, si può dire, ad ogni passo: *exempli gratia* basterebbe leggere a p. 259 (della *Raccolta*), dove si avverte (è cosa ovvia, si dirà; ma non sempre le cose ovvie si rammentano e si ripetono quanto bisogna) che «non vi è una recezione, vi sono tante recezioni, con caratteri ed aspetti diversi nel tempo e nello spazio».

<sup>(27)</sup> Non furono due 'no' da poco, questi. Basti pensare, per confronto, al Calasso che di *ratio Imperii* spesso e volentieri ragionò (CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 50, 68, 101, 120, 134; ID., *Medio Evo del*

lui giurista così robusto e storico così fine, da antichi paralizzanti *idola fori* come quello del diritto romano 'modello esemplare' (oggetto per questo di recezione) <sup>(28)</sup> o della (teoricamente e storicamente inaccettabile) identificazione del 'diritto romano' coi testi del *Corpus Juris Civilis* <sup>(29)</sup>.

\* \* \*

Qualcuno, commemorando Astuti, ha lodato « il suo culto del positivo » <sup>(30)</sup>. Anche questo 'culto' gli veniva, in larga misura, dalla lezione patettiana, com'egli stesso volentierissimo aveva riconosciuto <sup>(31)</sup>. Ma tutti sappiamo quanto labile sia sempre il confine fra il culto del positivo e il rinserrarsi programmatico in un positivismo inutilmente pago di sé: che per lo storico dell'esperienza giuridica dell'età intermedia può voler dire, oltre che la ricerca vana di 'elementi' privi in sé di significato, anche quei « monotoni quanto arbitrari andirivieni di secoli o di millenni per i quali gl'istituti sono stati costretti a deambulare » <sup>(32)</sup>. Degli 'elementi' abbiám già discorso; degli 'andirivieni' non si può forse dire che Astuti si sia sempre saputo guardare quanto bisognava, specie quando da giovane studiò la storia degl'istituti del diritto commerciale, fossero questi la *commendata* <sup>(33)</sup> o la veneta *collegantia* <sup>(34)</sup>, o quando — con più vasta attrezzatura e per ragioni metodiche assai più robuste — indagò sul costituito di debito <sup>(35)</sup> o sul sistema dei contratti obbligatori <sup>(36)</sup>. Resta in questi lavori — dove più scoperto (negli scritti giovanili), dove più 'integrato' nella trama d'un discorso fatto più denso e più ricco di suggestioni (in quelli degli anni un po' meno 'verdi') — un inespresso desiderio di risolvere l'indagine storica nella ricerca dei precedenti più che delle origini d'ogni istituto restando spesso il bilico — con la disinvoltura dei grandi, si capisce — sull'orlo d'un *regressus in infinitum* all'apparenza dottissimo e nella sostanza negatore delle vere ragioni dello storia.

\* \* \*

Si diceva all'inizio che Astuti è stato un protagonista dei nostri studi, non tanto perché li ha coltivati con abilità magistrale e

---

*Diritto*, Milano, 1954, p. 498) e che — in materia di *jus commune* e *jura propria* — giunse perfino a suggerire un periodizzamento su cui proprio in queste pagine Astuti espresse le sue (giudiziosissime) riserve (cfr. pp. 247 s. della *Raccolta*).

<sup>(28)</sup> ASTUTI, *op. ult. cit.*, p. 244 (della *Raccolta*).

<sup>(29)</sup> ASTUTI, *op. ult. cit.*, pp. 261 s. (della *Raccolta*).

<sup>(30)</sup> GROSSI, *Ricordo di Guido Astuti*, in *Riv. Dir. Agr.*, LX (1981), p. 120.

<sup>(31)</sup> ASTUTI, *Federico Patetta*, cit., partic. pp. 261 e 268.

<sup>(32)</sup> CALASSO, *Il negozio giuridico*, II ed., Milano, 1959, p. 45.

<sup>(33)</sup> ASTUTI, *Origine e svolgimento*, cit. *supra*, alla nt. 6.

<sup>(34)</sup> ASTUTI, *Note sulla collegantia*, cit. *supra*, alla nt. 7.

<sup>(35)</sup> ASTUTI, *opp. citt. supra* alla nt. 8.

<sup>(36)</sup> ASTUTI, *I contratti obbligatori*, cit. *supra*, alla nt. 9.

con risultati imponenti (che nessuno, credo, oserebbe negare), quanto perché la sua personale avventura intellettuale può esser assunta a simbolo d'una vicenda più vasta che ha coinvolto (per lo meno) tutta la sua generazione. E — di più — perché rileggendo — seppur rapsodicamente, così come abbbiam fatto noi — i suoi scritti, da questa lettura o rilettura si può prender le mosse per chiederci cosa sia o debba essere e cosa non sia e non debba essere la scienza a cui Astuti dedicò una vita.

Essa è — dev'essere, voglio dire, anche se non sempre di fatto è — scienza giuridica coltivata da giuristi; anzi misura essenziale dell'unica *scientia juris*, una misura mancando la quale quella scienza perderebbe una sua componente costitutiva. Da questo punto di vista l'opera di Astuti appare assolutamente esemplare.

È scienza che nel contempo esige un severo rigore critico nell'uso dei suoi strumenti conoscitivi, che chiede allo storico di saper fare il suo delicato 'mestiere'. Astuti, anche in questo maestro, spinse forse il suo rigore un po' più in là del segno, quando quasi si compiacque di lodare l'informazione come strumento primario di formazione del senso storico del giurista, o — più ancora — quando, con più scoperta compiacenza, parlò del suo lavoro e del suo magistero come d'una « *storia esterna delle fonti del diritto* ». Era, forse, devozione eccessiva alla lezione del suo maestro; era, magari, reazione accigliata a tante divulgazioni indulgenti verso formule che spesso dimenticavano il *proprium* infungibile d'una specifica disciplina per avventurarsi in 'sintesi' più sonore che consistenti; era, se non proprio positivismo (incompatibile, tra l'altro, con altre e più decisive scelte dell'uomo Astuti), certo amore per il dato controllabile e 'certo'. Il fatto si è che, giurista sagace e provveduto qual era, Astuti non seppe mai affrancarsi del tutto da vecchi temi e da impostazioni teoricamente inaccettabili. La cosa, in sé innegabile, è certamente singolare: che uno studioso così nitidamente vocato allo specifico *sapere* proprio del giurista abbia potuto attardarsi tanto a ragionare di 'elementi', a indagare — seppur con finezza a tratti puntigliosa — sui 'precedenti' anche remoti d'un istituto col dichiarato scopo di individuarne invece l'origine, a lodare la 'superiorità' del 'diritto romano' ragionando della sua recezione in Europa. E sì che questo studioso ebbe un profondo sodalizio, culturale ed umano, con Giuseppe Capograssi<sup>(37)</sup>; che è quanto dire con chi in sommo grado ebbe vivo il senso della radicale e vitale connessione tra esperienza comune ed esperienza giuridica e della funzione che ogni scienza giuridica è chiamata a compiere nel contesto specifico d'una concreta esperienza come suo momento riflesso.

(37) Al quale « con amicizia riconoscente e devota » Astuti dedicò il suo maggior lavoro di storico-giurista, quello su *I contratti obbligatori*.

E l'amicizia fu cordialmente ricambiata: chi del CAPOGRASSI ha letto i *Pensieri dalle lettere* (Roma, 1958) sa quanti di questi pensieri sono tratti da lettere inviate a G. (uido) A. (stuti).

Due lezioni Astuti ci ha dato (e questi volumi di scritti ci confermano): la prima è stata quella d'un assoluto rigore del discorso giuridico che egli seppe costruire e dominare come pochissimi fra i suoi coetanei storici dell'esperienza giuridica medievale; e — seconda, ma non meno rilevante — quella d'una severa acribia nell'indagine storica e prim'ancora nella ricognizione degli strumenti testuali di questa indagine. Queste due lezioni, forse, restarono nell'animo e sulle pagine di Astuti tra loro indipendenti; non fu trovato (né, per il vero, forse fu cercato) il nesso che poteva accomunarle e la sua scoperta conferire legittimità epistemologica all'indagine storico-giuridica nel contesto suo proprio delle scienze giuridiche<sup>(38)</sup>.

L'esemplarità di queste lezioni non ha bisogno d'esser dimostrata; e, della prima, forse nemmeno il suo pregio più alto, ch'è la rarità. Ma è altrettanto chiara l'esemplarità della mancata intuizione del loro nesso come conseguenza d'una non approfondita analisi di talune premesse teoriche della ricerca storico-giuridica. Per questo può dirsi — e non a titolo di elogio postumo e vano — che Astuti è stato un protagonista: un esponente, cioè, autorevole e coerente di quanto di meglio ha prodotto nell'ultimo mezzo secolo la nostra storiografia giuridica e dei limiti insiti nei risultati delle comuni fatiche.

Rileggere gli scritti ai quali resta consegnata la testimonianza di questa esemplare operosità di studioso e di maestro vuol dire alla fine riproporsi il problema che fa da *lapis angularis* d'ogni nostro sapere come sua prima *definitio*. I nostri *doctores* forse l'avrebbero formulato così: *quid sit historia iuris propriissime dicta*.

---

<sup>(38)</sup> Da ultimo cfr. ORESTANO, *Verso l'unità della conoscenza giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1984, pp. 635-670.

Ma in una sede come i « Quaderni Fiorentini » questa è cosa che non abbisogna certamente d'essere né dimostrata né difesa: è la scelta da cui questi « Quaderni » presero le mosse ed a cui son restati intransigentemente fedeli.



IVANHOE TEBALDESCHI

## AUTENTICITÀ E SOCIETÀ

nei più recenti sviluppi del pensiero di L. Bagolini

### 1. *Dalla crisi al « ritrovamento ».*

Nel contesto dei rapporti inter-individuali e sociali l'appagamento delle istanze di giustizia si risolve in un ritrovamento di autenticità. Le inadeguatezze dell'effettuale essere dei rapporti umani, nelle pur diverse situazioni di tempo e di luogo, richiamano per contrasto il senso di un'autenticità d'essere, che non può non inerire ai singoli, non meno che alle loro forme di rapporto e di associazione.

Ma lo stesso originario impulso al vivere e al convivere degli uomini non può non avere tratto ispirazione dall'« autenticità », o, più precisamente, dalla più o meno adeguata percezione di essa. Perciò la critica *ex iustitia* delle istituzioni umane, e del clima e del tempo in cui esse operano, non può non comportare un ritrovamento dell'originario impulso umano verso un autentico essere e con-essere. In questa prospettiva appare particolarmente significativo il recente e ampio lavoro di Luigi Bagolini <sup>(1)</sup> che ha affrontato nel profondo il tema della giustizia e della società, particolarmente riguardo alla società del nostro tempo.

Il discorso di Bagolini trae il suo spunto iniziale dall'osservazione di realtà empiriche: parte dalla rilevazione degli aspetti più peculiari delle realtà sociali, politiche e giuridiche del nostro tempo. Già dall'andamento particolare dell'indagine appare chiaro che essa muove verso la riscoperta dei « principi », il cui oblio ha appunto determinato gli aspetti negativi del presente.

Ancorché negativi questi aspetti hanno però una loro realtà che va rilevata. A tale realtà Bagolini si volge con sguardo attento e informato prima ancora che critico. Fra gli aspetti più indesiderabili, e tuttavia più « attuali », emerge anzitutto la crisi del diritto e dello stato. Tale crisi « consiste in un turbamento » (p. 11) al cui prodursi non sono stati estranei la violenza e il terrorismo nonché il loro con-

---

<sup>(1)</sup> LUIGI BAGOLINI, *Giustizia e società*, Roma, Dino Editori S.p.A., 1983, p. 280.

trapporsi frontale alla « funzione delle istituzioni giuridiche » (ib.). È parte della gravità della violenza insurrezionale il fatto che i protagonisti di essi siano i giovani e i giovanissimi. Il senso sociologico del fenomeno è tuttora in gran parte incognito. Ispira « congetture », molto più che diagnosi sociali. Nata dal « desiderio » molto più che dal bisogno (p. 12), la rivolta anti-diritto e anti-stato è l'emblema di una complessa situazione critica, che presenta aspetti molteplici, apparentemente eterogenei e tuttavia concatenati. Si tratta di aspetti che sono giuridici, etici, politici ed economici ...

Nelle rilevazioni, osservazioni e analisi specifiche il discorso di Bagolini è pertinente ed esperto della più aggiornata saggistica in materia; è atto, non di rado, a suggerire nuovi accostamenti di fenomeni o di loro aspetti. Ma nel discorso di Bagolini le attualità sono via e ponte verso ciò che le trascende e, appunto per ciò, può spiegarle. Già all'inizio del libro, nella sua trattazione di « fenomenologia sociale », Bagolini manifesta il suo proposito di pervenire, di là dai fatti, al più profondo senso e significato di essi. Dai fatti specifici l'attenzione muove alla generica « fattualità » umana e da questa alla dimensione che la contiene: « il tempo ».

## 2. *Il tempo del diritto.*

Fra i temi all'attenzione del pensiero contemporaneo il tema « Tempo » è senza dubbio uno dei più multiformi e complessi. Nel pensiero filosofico e scientifico il tempo è stato dibattuto ed elaborato concettualmente sotto le prospettive più diverse, giacché il tempo riguarda, anche se in modi diversi, la fisica, la storia, la psicologia, l'etica, la sociologia e ... ovviamente il diritto. È da ritenere anzi che il tempo sia uno dei temi più precipui di ciò che Kant, nell'omonimo saggio del 1798, denominò « il conflitto delle facoltà ». Di tale conflitto il tempo appare anzi, in certo modo, emblematico.

Come già notato, sono ben poche le discipline — ammesso ve ne siano — che possono fare a meno di formarsi un *proprio* concetto del tempo. Una scienza fisica ignara del tempo sarebbe certo un assurdo, ma non meno assurde sarebbero la storia, la sociologia, la psicologia o la teoria del diritto se parimenti si astenessero dal configurare, ciascuna per suo conto, un modo di sperimentare e di comprendere il tempo. È significativo che ai due estremi della vasta gamma delle visioni del tempo (p. 102) si pongano appunto la teoria della relatività e l'analitica filosofico-esistenziale.

Allo stesso modo di temi come « l'umanità » e « il mondo », il tempo è suscettibile di una gamma vastissima di forme di avvicinamento, di elaborazione e di comprensione intellettuale. Similmente, allo stesso modo dell'umanità e del mondo, il tempo resta pur sempre *uno*, nonostante le sue molte e svariate forme di trattabilità. Nelle discipline

interessate al mondo umano la trattazione de' « il tempo » assume un carattere che può designarsi come « riflessivo » o « riflesso ». È infatti da considerare che l'esperienza e il pensiero del tempo hanno luogo nella temporalità. Ciò spiega come, all'interno dei singoli approcci che si interessano ad esso, il tempo tenda ad apparire « differenziato ».

Nella visione di S. Agostino il tempo è stato inteso come distinzione fra le diverse « versioni » — passata, presente e futura — del presente. Secondo Carabellese le distinzioni del tempo come identificabili con i distinti del pensiero. Nella, non immemore delle predette ma profondamente rinnovata, linea di pensiero di Bagolini il significato del tempo traluce particolarmente in quella dimensione di coscienza per cui questa « si esplica ... nell'azione attraverso una 'interpenetrazione' di passato, presente e futuro (il passato da cui emerge l'azione presente; il presente dell'agire; il futuro in cui si prefigura l'atteggiamento altrui nei confronti dell'agire presente) » (p. 136). Per Bagolini questo « aspetto » del tempo è fondamentale per la comprensione della specificità della forma giuridica.

Nella sua disamina Bagolini ha ben presente la ricca messe di testimonianze « sul tempo », che il pensiero moderno e contemporaneo ha offerto nei più svariati contesti. Il tempo fisico è causalità dice Reichenbach (p. 112). Dalla causalità o dal suo grado di certezza si differenzia anzitutto la probabilità. L'applicazione della sanzione giuridica è di fatto « non causata », cioè non necessitata: essa è non più che probabile. Pure, la *probabilità* non rende l'aspetto specifico degli effetti giuridici — qui Bagolini si richiama alla testimonianza di von Wright (p. 118) —, per cui gli effetti giuridici sono solo spiegabili per mezzo di un nesso, che sia diverso così da quello di causalità, come da quello di probabilità.

A questa prospettiva Bagolini collega la problematica di Hans Kelsen, orientata verso la ricerca di uno specifico nesso deontico, che Kelsen ravvisò nella nozione della *Zurechnung* o 'imputazione'. Per Kelsen la sfera del diritto ha come suo proprio « nesso » non la causalità (e nemmeno la probabilità), ma il dover-essere e cioè il *Sollen*. Ma « i fatti » sono davvero assenti dall'universo del diritto?

Riguardo ad essi Bagolini parla di « tempo oggettivato », inteso nel senso di « tempo spazializzato » o, se si vuole, di « tempo cronospaziale ». Questo tempo dovrebbe, per definizione, essere il tempo dei fatti. La fattualità non può non avere un suo proprio tempo o, per meglio dire, una sua propria versione del tempo. Il tempo « dei fatti » non dovrebbe quindi esser difforme da ciò che Bagolini denomina « tempo oggettivato ».

Questo genere di tempo ha un ruolo essenziale, anche se ben lungi dall'essere esaustivo, rispetto al senso e alla funzione del diritto. Vi è indubbiamente un'accezione in cui il tempo è inteso come misurabile e come collocabile. La misurazione ha luogo secondo il tempo del

calendario. Nella speciale e limitativa accezione qui considerata il tempo non manca di un notevole grado di rilevanza riguardo al diritto. In effetti il tempo così detto spazializzato è il presupposto per l'acquisizione o la perdita di tutte quelle qualità giuridiche, il cui sorgere sia collegato a situazioni di anteriorità o successività rispetto a certi eventi, o al decorrere di termini di prescrizione (acquisitiva o estintiva) o di decadenza o al realizzarsi di determinati accadimenti come compimenti di età, nascite o morti. Siffatti eventi sono dati in uno con la loro registrazione secondo forme stabilite. Per il diritto la funzione registrativa è fondamentale. È il presupposto di ogni fatto, atto o rapporto giuridico. Vi è un senso in cui i fatti accadono e le persone e le situazioni esistono, solo in quanto sia data la formale registrazione di esse.

Pure, osserva Bagolini, ancorché tale registrazione sia condizione necessaria per l'esistere del diritto, essa non è ancora il diritto nella sua interezza. Più ancora, essa non rende la *specificità giuridica*. Il senso specifico della giuridicità va dunque ritrovato in un'accezione o versione del tempo, che vada di là dal tempo dei meri fatti e delle registrazioni di essi.

### 3. *Il tempo e la coscienza.*

Fra tempo e coscienza v'è connessione intrinseca. La coscienza è del tempo: il tempo risulta nella coscienza. Per Bagolini la « coscienza » non si identifica né con la mera coscienza conoscitiva — detta *Bewusstsein* dei tedeschi —, né con la coscienza etico-pratica — che per i tedeschi è *Gewissen* —, ma piuttosto con la latina *conscientia*, che include in sé ambo i significati.

Nella sua nota più peculiare il tempo è continuità. La coscienza che esperisce il tempo non può non essere « continua »: non si può esperire il *continuum* del tempo se non « continuando » con esso ... Perciò l'indagine sul tempo ha bisogno di superarne la veduta discontinua e frammentaria. Non può accontentarsi di un « tempo » che si riduca ai fatti e alle relative registrazioni. Bagolini cerca testimonianze sull'aspetto autentico della temporalità. Si richiama al pensiero dei teorici del tempo cosmico (Heisenberg), dei filosofi (Heidegger e Merleau-Ponty), ma più di tutto alle elaborazioni dei teorici o filosofi del diritto e dei giuristi positivi.

Ogni indagine ha la sua difficoltà specifica. La difficoltà della indagine sul tempo sta nel fatto che il tema non è fuori dell'indagare, ma lo coinvolge in sé. Non v'è *pensiero sul tempo* che non sia *pensiero nel tempo*. Questa « difficoltà » è anche ciò che dà « dignità » all'indagine sul tempo. Contribuisce, oltre tutto, a mettere in luce la ragione dell'inadeguatezza del « tempo spazializzato » e la necessità di procedere oltre esso.

Giacché il tempo « oggettivato » o « spazializzato » è per ipotesi un tempo che resta esterno al soggetto indagante. Un « tempo » che sia solo esterno, che non compenetri di sé il soggetto che lo pensi, può essere tutt'al più un riverbero o un fenomeno della temporalità, ma è del tutto inadeguato a rendere il genuino e autentico senso di essa. Di là dal tempo dell'accadere, v'è il tempo della coscienza. Si tratta, per definizione, di un tempo che non vige solo nell'esterno, ma compenetra di sé l'apriori.

Bagolini parla di « tempo coscienziale ». Esso è da intendere in termini di successione nella continuità. I relativi « prima » e « dopo » non sono né frammentari, né esterni alla coscienza. Si tratta di un « prima » e un « dopo » che ineriscono agli oggetti sperimentati, non meno che ai soggetti che in atto li sperimentano. Il « prima » e il « dopo » e il risultante tempo ineriscono infatti alla coscienza.

Come « livello » la coscienza è idealmente al di sopra dell'accadere. Ma nella visione di Bagolini la « coscienza », ancorché qualitativamente superiore alla dimensione dell'accadere, non costituisce il livello ultimale e tanto meno supremo. Il tempo della coscienza è pur sempre inerente alla dimensione del transeunte, dell'effimero e della finitezza. Perciò Bagolini sente il bisogno che il tempo del transeunte sia integrato in una più alta dimensione, in ciò che egli chiama « Durata ». Riguardo al diritto, il tempo coscienziale funge da contesto per la comprensione di significativi e fondamentali aspetti del pensiero giuridico. Vi sono però altri aspetti di pensiero — non importa se giuridici o transgiuridici — in cui si ha bisogno di pensare in una prospettiva che trascenda l'effimerità e si richiami al non transeunte, all'eterno ...

#### 4. *Il senso del dover-essere.*

Bagolini postula tre livelli di discorso che enuncia, partendo dallo universo giuridico. Essi sono: il livello dei fatti giuridicamente rilevanti e delle registrazioni o prove in cui sono incorporati; il livello specificamente giuridico della promessa, dell'obbligazione e insomma del *Sollen*; e il livello transgiuridico della giustizia. La stessa gerarchia di livelli inerisce anche alla dimensione del temporale e trans-temporale, riguardo alla quale Bagolini rileva la proponibilità di « tre livelli di discorso concernenti: 1) *il tempo oggettivato*; 2) *il tempo coscienziale*; 3) *la durata* » (p. 143).

Il senso della veduta che Bagolini ha del tempo coscienziale risulta ellitticamente da una frase già citata: il passato è « ciò da cui emerge l'azione presente »; il presente è il tempo « dell'agire »; e il futuro è il prefigurarsi « dell'atteggiamento altrui nei confronti dell'agire presente » (p. 136). Ciò compendia un'articolata e approfondita analisi

della forma giuridica, di cui si daranno poi altri cenni. Per ora occorre anzitutto mettere in luce l'approccio mentale e l'ideale prospettiva, che presiedono così alla predetta visione giuridica come alla meta-giuridica (e metacoscienziale) veduta della durata.

Nell'approccio di Bagolini al diritto è centrale l'interessamento e l'attenzione verso il senso del dover-essere o *Sollen*. Al *Sollen* il Kant della seconda Critica riconobbe una significanza noumenica, sia pure afferrabile solo nella sfera pratica. Per converso Kelsen intese il *Sollen* come mero nesso formale, atto a rendere conto del *modus* giuridico. La veduta deontica di Bagolini è diversa dalle predette vedute « classiche ». Il « dovere » è più che il mero nesso di « imputazione » alla Kelsen. Al tempo stesso il « dovere » è meno della significanza noumenica che Kant attribuisce all'imperativo categorico. In Bagolini il *Sollen* ha nondimeno un elevato grado di dignità concettuale.

Il « dovere » va inteso nel contesto della temporalità coscienziale: ne è in certo modo l'emblema. Si può perfino dire che il dovere, o il senso di esso, è il tramite fondamentale attraverso cui il singolo acquisisce coscienza dell'altro, almeno come destinatario di una sua obbligazione. Più ancora, « l'essere obbligato » dà al singolo, che sia empiricamente solo, la tendenza e l'impulso al superamento della sua solitudine. « Anche se sono empiricamente solo ... (p. 136) non posso agire (giuridicamente: n.d.r.) senza pormi nei panni di uno spettatore reale o ipotetico della mia azione ... l'immediatezza della mia azione è in certo modo travalicata dalla prefigurazione del giudizio altrui » (ib.). È proprio del diritto, o della corrispondente disposizione mentale, che esso mette i soggetti uno di fronte all'altro — li rende consci del loro con-essere.

Ciò induce a porre una domanda: questa inter-soggettività comporta o no un'apertura giusnaturalistica ovvero un'istanza di giustizia che richieda il riconoscimento della dignità di persona all'io come all'altro? Occorre dire che in Bagolini la « persona » o « personalità » non emerge in modo esplicito nel contesto del tempo coscienziale. Essa è, come si vedrà, un tema della teoria della « durata ». Ciò non esclude che nel tempo coscienziale vi siano presagi del predetto « con-essere ».

Posto che il diritto, nella connaturata guisa di diritto positivo, si configura principalmente come « obbligazione » e « dover-essere », esso è caratterizzato da un suo speciale « muoversi » nella dimensione del tempo. Si tratta di un *moto* che è in stretta connessione con « l'affermazione della positività ... (di) passato, presente e futuro in una loro 'interpenetrazione' e connessione dinamica di unità-distinzione, per la quale ciascuna dimensione temporale è suscettibile di prevalere più o meno sulle altre senza annullarle, in rapporto alle diverse situazioni in cui si determina la esplicazione sociale della coscienza umana » (p. 144).

Si ha, a volte, che il passato di un individuo prevalga « fenomeno logicamente e coscienzialmente » sul suo presente in virtù del suo essere « obbligato dalla sua volontà passata » (p. 139). Altre volte appare invece « plausibile » che « sulla interpretazione di una norma prevalga il fine attribuito dal giudice alla legge » (ib.). Nel ragionare e nel decidere giuridici si ha dunque a volte il prevalere del passato e a volte quello del futuro. Queste « determinazioni » trovano pur sempre il loro fondamento nel *Sollen* e cioè nel dover-essere.

Come si è rilevato, il tempo coscienziale contiene in sé un presagio del riconoscimento della personalità dell'io come dell'altro. Tale « presagio » non basta però a fondare la formulazione di valutazioni etiche o di giustizia riguardo a obblighi di diritto positivo o a regimi politici. A questo proposito, dice Bagolini « può (e deve ...) entrare in gioco un riferimento alla durata » (p. 145).

##### 5. *Dal tempo alla « durata ».*

Il tempo coscienziale non accede alla dignità della « durata », ciò che non esclude il suo valore e la sua rilevanza nell'ambito dell'esperienza umana. Si intende quindi come « la coscienza delle dimensioni temporali costituisca ... una pre-comprensione rispetto a qualsiasi ulteriore comprensione scientifica: causale, probabilistica, fisiologica, psicologica etc. ... » (p. 137). È da rilevare, per esempio, a proposito della dimensione del passato, che « nessuna conservazione, nessuna 'traccia' fisiologica del passato può farci comprendere la coscienza del passato » (ib.).

Il *tempo coscienziale* « giustifica » dunque, riguardo al diritto, « tutto ciò che restava inspiegabile dal punto di vista del tempo oggettivato » (ib.). Ciò che viene « rischiarato » è essenzialmente « la consistenza dell'obbligo ... e per un certo aspetto la consistenza di diversi regimi politici » (p. 145). Nel tempo coscienziale e nelle forme di pensiero che muovono in esso, vi è indubbiamente un connotato di ragionevolezza, connesso all'oltrepassamento della dimensione puramente fattuale del tempo (che caratterizza invece il tempo oggettivato). Perciò il diritto coscienzialmente inteso non è regolato dalla mera cogenza fattuale, ma è compenetrato da una vocazione di ragionevolezza — appunto la « prudenza » o saggezza del diritto, che presiede al senso e all'articolarsi delle varie forme di obbligazione giuridica nonché all'interpretazione e applicazione del diritto positivo. Tutto ciò non consente di per sé una critica « contenutistica » delle statuizioni e determinazioni del diritto. In altre parole, il diritto positivo, per ciò che riguarda le sue statuizioni, consente giustificazioni giuridiche ma non meta-giuridiche di esse.

La questione della giustificabilità metapositiva dei contenuti del diritto positivo coinvolge il tema della persona. Se vi è un diritto

soggettivo che sia metapositivo, esso non può non essere il diritto ad essere soggetto di diritto. Si tratta cioè anzitutto di qualcosa che la *persona* è, e non di qualcosa che la persona semplicemente abbia. In questa prospettiva appare più che mai significativo il richiamo di Bagolini alle tesi «personalistiche» di S. Tommaso d'Aquino. «Il diritto è a tal punto un concetto originario da non poter essere ricondotto ad un altro che venga prima di lui ... L'uomo ha dei diritti irremovibili proprio perché è stato creato come persona per fatto divino». Aggiunge Bagolini che «da un punto di vista cristiano senza il diritto è inconcepibile la giustizia, senza la persona è inconcepibile il diritto» (pp. 241-242). Come rilevato da Bagolini, i diritti inamovibili, allo stesso modo che la qualità di persona, non risiedono nella dimensione coscienziale del tempo e, meno che mai, nella dimensione del tempo fattuale. Essi hanno sede e senso solo nella «durata».

Nella terminologia di Bagolini «durata» è sinonimo di eternità. La durata in cui, nell'ambito della fede cristiana, si colloca (come nota Bagolini) la sopravvivenza della persona è irriducibile alla temporalità o è riducibile ad essa solo per analogia. Per Bagolini la persona deve cioè collocarsi su uno sfondo o contesto che sia conforme alla sua dignità d'essere. Manifestamente nel discorso di Bagolini persona è sinonimo di «anima».

Almeno stando alle vedute di Platone, per il quale un'anima morta è un controsenso, la questione dell'immortalità dell'anima è secondaria rispetto a un'altra e cioè a quella se l'anima anzitutto *sia* (se l'anima davvero è, essa non può morire di morte corporale). In questa prospettiva appare chiaro ciò che afferma Bagolini, che l'anima deve essere data con un suo proprio tempo, e con un conforme essere: giacché l'anima o persona appartiene non alla sfera del mero apparire e scomparire, ma a quella entro cui, e per cui, si è.

## 6. *Giustizia e serenità.*

Dalla comprensione, fattuale prima e coscienziale poi, del diritto si è spinti al «riconoscimento» della durata metatemporale entro la quale si ritrova la giustificazione primaria della persona: questo è, nelle sue grandi linee, l'itinerario di *Giustizia e società*. Dall'indagine empirica e critica su una delle società nazionali — quella italiana — del mondo d'oggi, Bagolini è pervenuto anzitutto a una chiarificazione di fondo della presente problematica del diritto. L'istanza della giustizia lo ha però spinto di là dalla temporalità di ciò che diviene, verso lo status di ciò che è. Ivi ha senso «la persona».

L'ideale iter di Bagolini richiama quello di un pensatore, per certi aspetti diversissimo, il comune e compianto amico Ilmar Tammelo. In Bagolini come in Tammelo vi è un pensiero che si articola attraverso un costante sforzo ragionato, di un ragionare, rigoroso, arti-

colato e costruttivo; Bagolini nell'approfondimento della tematica filosofico-giuridica e di analisi del discorso giuridico, Tammelo nella sfera della teoria del diritto internazionale, della teoria del ragionamento e della logica giuridica.

Bagolini come Tammelo si richiama al precetto di Meister Eckhart: *aequaliter omnia de Deo accipere*. Si tratta dell'enunciazione di un ideale di non attaccamento ai beni e alle ricchezze, di distacco dagli interessi materiali, di pratica del disprezzo delle ricchezze e della povertà nello spirito. Bagolini ravvisa in esso il superamento dell'uguaglianza intesa quantitativamente «soltanto nei termini di un procedimento di comparazione e di misura» (p. 246) per giungere a un diverso «sentire» dell'uguaglianza, come «atteggiamento di moderazione, di equilibrio, di calma paziente, di abbandono delle passioni violente» e di «*Gelassenheit*» per la realizzazione di una «*pax tranquilla*» (pp. 246-247).

La convergenza di Bagolini con Eckhart ci riporta alle primissime pagine del libro, all'analisi dell'irrequietezza e della violenza di oggi, alla presa in considerazione di una «rivolta» che ha come molla «il desiderio e non più propriamente il bisogno» (p. 12). Nella *Gelassenheit* o serenità di Eckhart, Bagolini trova anzitutto una «testimonianza» di quell'animo equo che è ritenuto necessario «alla determinazione di ogni decisione in termini di giustizia» (p. 247). Ma ciò è, oltre tutto, la vera e propria antitesi di quella violenza e rivolta che sono promosse e vissute dagli stessi interessati non perché motivate dal bisogno, ma in funzione del «desiderio», che in questo caso è sinonimo di «avidità».

Si intende così che il discorso svolto in *Giustizia e società* non è solo ispirato dal proposito di un chiarimento intellettuale della principale problematica giuridica, la cui soluzione può aiutare e risolvere i problemi del tempo e della società d'oggi. Questo aspetto intellettualmente costruttivo indubbiamente c'è ed è, in certo modo, l'essenza del libro. Accanto ad esso non manca — aggiunge anzi senso al lavoro — una passione etica, una sincera preoccupazione e sollecitudine per le sorti della nostra società e dell'umanità in generale. In questa prospettiva la stessa approfondita indagine di Bagolini sul tema della persona, ha un senso che non si esaurisce nel solo *amor intellectualis* per la tematica in sé più che mai interessante. In aggiunta a ciò v'è, e arricchisce il significato umano del libro, il proposito di dare una testimonianza che si opponga in modo evidente al prevalere dello smodato «desiderare». Si tratta, come dianzi accennato, di quell'ideale di una *pax tranquilla* che, per il cristiano autentico, implica «la fede e la speranza in una giustizia che trascende e oltrepassa tutte le possibilità conoscitive e pratiche dell'uomo».



*Strumenti*



IRENA MALINOWSKA-KWIATKOWSKA

LEGAL HISTORY (\*) RESEARCH IN POLAND  
AT PRESENT AND IN THE PAST

*A. Under Partitions. — B. Restored Poland:* 1. History of Polish state and law. — 2. Roman law. — 3. History of Church law. — 4. General legal history. — 5. History of legal and political doctrines. — 6. Auxiliary disciplines. — 7. Legal historians' fields of activity. Journals. Contacts with foreign centres.

A. UNDER PARTITIONS.

The old Polish court-applied law (i.e. mostly civil and penal) which retained its binding force until the second half of the 18th century, remained uncodified. As the law was applicable in practice, its study pursued no scholarly but practical goals. Likewise, this study served codifying attempts unfortunately interrupted by partitions of Poland. One might say that the research on Polish law at that time was characterised by antiquary-critical approach <sup>(1)</sup>.

As a scholarly discipline, Polish legal history came to existence as early as the mid-nineteenth century. At that time Poland was erased from the map of Europe. The country was ruled by the three partitioning Powers: Austria, Prussia and Russia. The activity of the first Polish legal historians such as Jan Wincenty Bandtkie and Wacław Aleksander Maciejowski fell upon the period when the historical school triumphed in Germany. While Bandtkie devoted his research to the history of Polish constitution and private law, the focus of Maciejowski's attention was upon the history of Slavic legislations. The research of the latter resulted in the four volumes <sup>(2)</sup>, which, to some extent, made up an answer to the theories, current in Germany by that time, on the allegedly Germanic descent of Slavic laws. This

---

(\*) Whenever «legal history» is used in the present contribution, it usually covers both history of constitutional law as well as legal history proper.

<sup>(1)</sup> St. GRODZISKI, *History of Legal doctrine in old Poland*, the paper in typescript.

<sup>(2)</sup> W. A. MACIEJOWSKI, *Historia prawodawstw słowiańskich (History of the Slavic legislations)*, vol. I-II, 1832-1835.

attempt at synthesis did not prove too successful<sup>(3)</sup>, and the research which followed abounded in the contributions of monographic type rather.

Throughout the 19th century Vilna nad Warsaw, and later Lvov and Cracow, were found to be the outstanding University centres<sup>(4)</sup>. One of the prominent 19th century Polish scholars was Romuald Hube. He carried his research within the walls of Warsaw University and was responsible for emphasizing the significance of research on the history of law as applied in courts. Likewise, he extended his field of interests to the legal history of other countries, Italy being among them<sup>(5)</sup>.

Antoni Zygmunt Helcel, an alumnus as well as Professor of Jagellonian University, was most representative of the 19th century Cracow school of legal history. The fourteenth century laws issued by king Casimir the Great, and particularly the famous Wiślica Statutes, were the subject of his interest. Helcel was also responsible for the first critical edition of the laws of Polish past<sup>(6)</sup>. He and Hube resumed the task to publish the statutes adopted by Polish provincial synods. By doing so, they provided for the foundations of the Polish science of canon law. In the decades to follow the masters of the latter were found to be Bolesław Ulanowski, Władysław Abraham, and — at our time — Adam Vetulani.

The study of legal history of other nations was in its turn by no means neglected. Its foundations were laid by Bandtkie through his works on German law and the role it played in Polish towns. Also the Lithuanian law became the subject of studies made by T. Czacki, I. Daniłowicz and Fr. Piekosiński, the latter being the Cracow professor.

The edition of past laws of Poland, at one time started by Helcel, was later continued by the Polish Academy of Learning, set up in Cracow by 1872, and particularly by its Legal Committee. The Committee extended its publishing activity to two other series: *Archiwum*

<sup>(3)</sup> Maciejowski's work was sharply criticized as having poor source foundations, see W. M. BARTEL, *Nauki prawne (Legal sciences)*, chapter XXI in the work *Historia nauki polskiej (History of Polish science)* red. B. Suchodolski, vol. III: 1795-1862, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1977, pp. 803-804.

<sup>(4)</sup> A. VETULANI, *Dzieje historii prawa w Polsce (Legal history in Poland)*, Kraków 1948, p. 18 ss.; BARTEL, *Nauki prawne*, p. 807; L. PAULI, *Polnische rechtsgeschichtliche Literatur aus den Jahren 1945-1970*, erster Teil (Sammelbericht in *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte*, 89. Band Germ. Abt.), Weimar 1972, p. 457.

<sup>(5)</sup> Thanks to Hube's voyages, the Jagellonian Library disposes of large collection of statutes produced in Italian towns. On Hube's interests in both West- and East-European law see BARTEL, *Nauki prawne* (chapt. XXI, p. 810).

<sup>(6)</sup> *Starodawne Prawa Polskiego Pomniki (The Ancient Polish Laws)*, vol. I, 1856. Until 1875 five spacious volumes of this series were published: BARTEL, *Nauki prawne*, p. 158.

Komisji Prawniczej (The Legal Commission Archives) and *Studia i materiały do historii ustawodawstwa synodalnego w Polsce* (Studies and Materials Pertaining to the History of Synodal Legislation) (7). This activity was supplemented by the publication of historical source material such as *Monumenta medii aevi historica, Scriptorum rerum polonicarum* and multi-volume edition of *Corpus Iuris Polonici*.

By 1866 the publication of *Akta grodzkie i ziemskie* (8) dating back to the period of the thirteenth to eighteenth centuries was started. This multi-volume edition, supplied with detailed indices, did at one time provide and it still provides historians with valuable materials. In this initiative of publishing historical sources, Lvov and Cracow were soon followed by other Polish centres of learning.

It is worthwhile to note that unlike the law of other countries, Polish law remained mostly uncodified until partitions (the declining years of the 18th century), surviving mostly as customary law. In some parts of partitioned Poland it survived until the mid-nineteenth century. Likewise, it retained its binding force with respect to some categories of legal problems throughout partitions (9).

However, generally speaking Poland was then subject to the law of partitioning states. By that time the latter arrived at their own great codifications. As a result, Poland witnessed the implementation of ABGB, Code Civil, Svod Zakonov, BGB and other laws of partitioners. Yet the tendencies to Germanize and Russify Polish life were answered by the growing interests pertaining to the original Polish law and its history. This reaction pursued also a patriotic goal of protecting national culture from falling into oblivion. Michał Bobrzyński, a prominent historian and an author of the well known «History of Poland» was particularly determined that this goal be reached (10).

The first edition of the university handbook «Polish Constitutional History: The Crown» by Stanisław Kutrzeba was a remarkable event of 1905. For many years following World War II, the book was currently used by the faculty students of Cracow and other Universities.

(7) VETULANI, *op. cit.*, p. 25; W. M. BARTEL, *Nauki prawne*, in *Polska Akademia Umiejętności 1872-1952*. Nauki humanistyczne i społeczne. Materiały sesji jubileuszowej (Polish Academy of Learning 1872-1952. Humanities and Social Sciences. The Jubilee Session Material, Kraków 3-4 May 1973), Kraków 1974, p. 154, 166 ff.

(8) The «Akta» (Documents) covered the material registered by the Grodzkie and Ziemskie Courts which in the nobiliary Polish republic had a status of courts for the nobles.

(9) S. GRODZISKI, *Zabor austriacki 1772-1848*, w.: *Historia państwa i prawa Polski (Austrian partition 1772-1848)*, in *History of Polish state and law*, vol. III, p. 679-680.

(10) M. BOBRZYŃSKI, *O dawnym prawie polskim, jego nauce i umiejętnym badaniu* (On the old Polish law: how to study and skilfully analyse it),

It is noteworthy that the history of the court-applied law is, in its origins, also rooted in the 19th century. However, unlike the prospering research on constitutional history of Poland, its study used to be neglected. Having this in mind, it should nevertheless be said that first contributions on the old Polish law came out as early as the 19th century (A. Z. Helcel's and P. Burzyński's works being included here in 1867-1871). By 1910 Przemysław Dąbkowski published his two-volume study «Prawo prywatne polskie» (Polish Private Law) in Lvov. The studies on homicide by Kutrzeba and penalty by Handelsman were in their turn one of the first to deal with the history of criminal law <sup>(11)</sup>.

## B. RESTORED POLAND.

### 1. *History of Polish state and Law.*

Upon the regaining of independent statehood by Poland in 1918, the large-scale studies on the Polish law of the past were resumed, Lvov and Cracow being again the basic centres of research in legal history.

Both historians and legal historians focused their attention on the origins of Polish state and the development of nobiliary class. The research by M. Bobrzyński, F. Piekosiński, O. Balzer, K. Tymieniecki, K. Szajnocha, Wł. Semkowicz and Z. Wojciechowski dealt with these subjects. The scholars were also attracted by social history pertaining to the village population (e.g. studies by P. Bujak, R. Grodecki, K. Tymieniecki, W. Hejnosz, J. Rutkowski) as well as the history of towns studied by J. Ptaśnik, St. Kutrzeba, M. Patkaniowski.

Generally speaking, legal historians of the interwar period concentrated mostly on the Middle Ages, the later epochs being rather ignored thereby <sup>(12)</sup>. Prominent scholars, like Oswald Balzer (Lvov) and Stanisław Kutrzeba (Cracow) were still active. By that time their followers were already taking up new fields. Wojciechowski, an outstanding expert in Polish medieval constitutionalism, was Balzer's disciple whereas Vetulani, an expert in canon law in the period to follow had Kutrzeba as his teacher.

Vetulani's career began with his study of Polish medieval procedure in 1927. Later his interests shifted to the canon law as well as history of the Polish Church. In the course of time he extended his research field by studies devoted to constitutional relationships between Po-

<sup>(11)</sup> VETULANI, *Dzieje*, p. 34, 35.

<sup>(12)</sup> The opinion pronounced by J. BARDACH in his *Historia państwa i prawa Polski* (*History of Polish state and law*), vol. I, 2nd edit. Warsaw 1964, p. 36.

land and Ducal Prussia <sup>(13)</sup>. The abovesignalled tendencies: history of the law of the Church in general, and that of the Church in Poland, as well as the history of Polish law, remained characteristic of all his research.

M. Z. Jedlicki in his turn chose Poland's relation to the German Empire as his research subject. Other legal historian of the period, T. Silnicki, studied Church organization in Silesia until the 15th century <sup>(14)</sup>.

A considerable advance of the research pertaining to the history of the Polish court-applied law was characteristic of the interwar period. Józef Rafacz, an author of the handbook on this subject <sup>(15)</sup>, as well as Jan Adamus, dealing with the history of property law, should be mentioned in this respect.

As regards the history of Polish criminal law, two Lvov scholars deserve being listed here: Juliusz Makarewicz, an outstanding lawyer who greatly contributed to the drafting of the Polish Code of Criminal law adopted in 1932, and Karol Koranyi. Makarewicz was an author of «Polskie prawo karne» (Polish Criminal Law). Koranyi - from early years of his scholarly career, was particularly interested in foreign legal history and the effects this history had on the development of Polish law.

The aforementioned scholars were the alumni and professors of the University of Lvov which shows that the latter proved particularly dynamic in the world of learning of the interwar time. The periodical «Przewodnik Historyczno-Prawny» (The Guide of Legal Historian), as well as a series of monographs known as «Pamiętnik Historyczno-Prawny» (The Diary of Legal History), were published in Lvov <sup>(16)</sup>.

Soon Poznań became the second centre of Polish legal history. Apart from Wojciechowski, the following scholars started their career there: J. Matuszewski who dealt with economic immunity, Z. Kaczmarczyk with his studies on court immunity, as well as M. Sczaniecki with his contributions on the grants conferred on the knighthood, and also K. Kolańczyk who contributed to the study of the oldest Polish law of inheritance.

Following World War II, Polish legal history considerably developed. Gy 1946 Z. Wojciechowski produced his great synthesis: «Państwo polskie w wiekach średnich» (Polish State in Middle Ages). Other works of the period abounded in the discussion of political and social

<sup>(13)</sup> VETULANI, *Lenno pruskie (The Prussian Fief)*, Kraków, 1930.

<sup>(14)</sup> BARDACH, *op. cit.*, vol. I, p. 37.

<sup>(15)</sup> Cfr. St. GRODZISKI, J. MAŁEC, *Józef Rafacz 1890-1944*, in *Zeszyty Naukowe UJ, Prace Prawnicze*, z. 86, Warszawa-Kraków 1980.

<sup>(16)</sup> BARDACH, p. 37; cfr. L. PAULI, *Polnische rechtsgeschichtliche Literatur*, p. 457.

questions. This accounted for the historians *sensu stricto* joining the legal research. The legal historians in their turn were more apt to resort to socio-economic background of the evolving legal phenomena. By doing so, they gave up the old formal and dogmatic method, and this tendency was observable also among the French, German, Italian and other scholars <sup>(17)</sup>.

The great monographic study written by B. Leśnodorski and devoted to the famous Polish Constitution of May the 3rd 1791, is illustrative of that type of approach. The Constitution discussed therein aimed at great reform of the foundations of Polish nobiliary Republic. It was the first so exhaustive Law pertaining to the constitution of state in Europe. Polish Sejm adopted it on May the 3rd 1791, thereby preceding the first French Constitution (of September 1791) by several months. It was unfortunately overthrown by foreign intervention followed by the second and the third partitions of 1793 and 1795 <sup>(18)</sup>.

Other works of legal historians dealt with the questions which were of par excellence social character. They analysed the status of the peasants as well as that of the non-nobiliary population of the old-time Poland. In this respect a comprehensive study on the villains (*Adscripticii* in Poland, 1959) by wł. Wolfarth gave rise to long and interesting discussion. Much attention was also drawn by the works by J. Bardach, J. Matuszewski, St. Russocki, St. Grodziski (his monograph on «The Loose People», Cracow 1960) and K. Orzechowski (his fundamental study on the peasant land-holding in Upper Silesia) <sup>(19)</sup>. The status of towns and their population was the subject matter of research carried by Z. Kaczmarczyk, W. Maisel (his monograph on the town courts in Poznań at the decline of the 16th century) <sup>(20)</sup>, J. Mazurkiewicz <sup>(21)</sup> and others.

Some legal historians dealt with the status of the nobles. In this respect the works by S. Roman on the *Nieszawa Privileges* (1957) and St. Grodziski on the citizenship in the Nobiliary Republic (1963) are noteworthy.

Polish constitutional history, though considered a labour-consuming task, still provided a challenge for many scholars. Such outstanding historian of the post-war Poland as Adam Vetulani and Juliusz Bardach devoted much of their effort to investigate its problems. Bar-

<sup>(17)</sup> Cf. for instance J. ELLUL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1964.

<sup>(18)</sup> B. LEŚNODORSKI, *Dzieło Sejmu Czteroletniego (1788-1792)*, Wrocław 1951.

<sup>(19)</sup> K. ORZECZOWSKI, *Chłopskie posiadanie ziemi na Górnym Śląsku u schyłku epoki feudalnej-posiadanei lasyckie (Peasants' Land-holding in Upper Silesia, Lasyckie Tenure)*, 1959.

<sup>(20)</sup> W. MAISEL, *Sądownictwo miasta Poznania do końca XVI wieku (The Judiciary of Town Poznań in the XVIth century)*, Poznań 1961.

<sup>(21)</sup> J. MAZURKIEWICZ, *Jurydyki lubelskie (The Lublin Jurisdictions)*, Wrocław 1956.

dach concentrated mostly on the early feudal Poland (works published in 1960, 1962) whereas Adamus focused his research on the evolution of power of the monarch. Baszkiewicz in his turn dealt with the unification of the 14th century Poland following the period of feudal disintegration. On this he wrote the monograph «Zjednoczenie państwa polskiego w początku XIV wieku» (The Unification of Poland at the Outset of the 14th Century), 1954). Upon the introduction of free election in Nobiliary Republic, Polish nobles used to submit the candidate for the monarch a series of major privileges and constitutional rules to be confirmed by him. They were called «pacta conventa» and to this institution a comprehensive study was devoted by Władysław Sobociński (1939). In 1949 Sobociński also discussed problems of regency (tutelar government) in Poland. The origins of Polish Sejm (Diet) were the subject of J. Bardach's study (1958), whereas K. Grzybowski gave a discussion of the Polish Renaissance theory of representation (1959). Polish parliamentarism became the research field of Stanisław Płaza and Waław Uruszcak, both from Cracow University, of Henryk Olszewski from Poznań university and of Ryszard Łaszewski from Toruń university. Specifically, Płaza published a monograph on the nobiliary sejmiki (local diets) and congresses<sup>(22)</sup>. The research of these authors may be considered a continuation of what a prominent historian, Władysław Konopczyński, at one time had taken up.

A special team composed of scholars from different universities was set up to deal with the history of Polish parliamentarism. It is headed by J. Bardach.

The 18th century Polish constitutional history, the Enlightenment and partition (1772-1795) periods, proved attractive for a considerable number of scholars. The Cardinal Laws<sup>(23)</sup> were analysed by Z. Radwański (1952), whereas J. Wąsicki in his work published in Poznań (1952) gave a noteworthy analysis of a series of problems - the tragic Targowica Confederacy which facilitated the partitions, the last Sejm (1773) of the Nobiliary Republic which had to cope with the first partition as executed in 1772 and was known for its highly dramatic sessions.

The two first partitions, inflicted on Poland in 1772 and 1793 respectively, were opposed by the nation through the Insurrection of 1794 led by Tadeusz Kościuszko, well-known for his share in the War

---

(22) St. PŁAZA, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego i kaliskiego. Ustrój i funkcjonowanie, 1372-1632* (The Nobiliary Sejmiki and Congresses of Poznań and Kalisz voivodships, 1372-1632), Warszawa-Kraków 1984; W. URUSZCZAK, *Sejm walny koronny w latach 1506-1540* (The Sejm of Polish Crown in the years 1506-1540), Warszawa 1980.

(23) Cardinal laws were the prescriptions, difficult to change, which regulated the fundamental principles of the constitution of Poland.

for Independence of the United States. The constitutional law of the Insurrection as well as the reforms implemented in Poland by that time were the subject matter of the monograph written by Wojciech M. Bartel «Ustrój władz cywilnych powstania kościuszkowskiego» (The Organization of Civilian Agencies During the Kościuszko Insurrection, Cracow 1959). Other scholars also dealt with this problem. As regards Poland under partitions, its legal history was studied by a number of historians from Poznań, Warsaw and Cracow. Specifically Wąsicki concentrated on the Prussian partition whereas Leńdorski and Sobociński had their share in analysing the constitution and law of the Duchy of Warsaw (1807-1814), a political creation of the Napoleonic era. Particularly Sobociński left a comprehensive monograph on this subject <sup>(24)</sup>.

The Republic of Cracow formed as a result of the Congress of Vienna and surviving until 1846, as well as the constitutional program launched by the Cracow revolt of 1846, were analysed by two Cracow professors: S. Wachholz and W. M. Bartel. The constitutional organization of the authorities of November Insurrection of 1830 were discussed by Władysław Rostocki whose monograph on this problem came out in 1955. The history of southern Poland or so-called Galicia, which since 1772 had been subject to Austria, for obvious reasons fitted the Cracow's historians' research plans most, it being the history of their own region. This accounted for their considerable achievements in this field. K. Grzybowski produced a monograph on the constitution of Galicia as contrasted with that of Austria. Other scholar, St. Grodziski, gave a good discussion of the Galician socio-political constitution <sup>(25)</sup>.

Grodziski, Vetulani's disciple and associate, did not only devote to Galicia the aforementioned comprehensive monograph but also a series of contributions. His profound knowledge of the nineteenth century European history and legal sources made him an outstanding expert in Galician problems. Among his numerous works a mention should be made above all of his share to render the fourth volume of the handbook on Polish legal history possible of publication. While doing this, he drew on the materials left by deceased Professor Konstanty Grzybowski. Grodziski's share in the completion of the handbook pertained to Galicia at the time of its autonomy within the Austrian

---

<sup>(24)</sup> See WŁ. SOBOCIŃSKI, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego* (History of Constitution and Law of the Duchy of Warsaw), Toruń 1964, as well as review of this book published in *Annali di Storia del diritto*, vol. VIII, 1964.

<sup>(25)</sup> K. GRZYBOWSKI, *Galicja 1848-1914. Historia ustroju politycznego na tle historii ustroju Austrii* (Galicia 1848-1914. History of its political constitution in comparison with the constitution of Austria), 1959; ST. GRODZISKI, *Historia ustroju społeczno-politycznego Galicji 1772-1848* (Socio-political History of Galicia, 1772-1848), Warszawa-Kraków 1971.

Empire. His contribution was distinguished for its documentary reliability as well as abundance of information, including large bibliography<sup>(26)</sup>. Also of Grodziski's authorship was a succesful book on Franz Joseph I. It attracted a considerable number of Polish readers and aroused also a remarkable interest abroad<sup>(27)</sup>.

Legal research of the post-war Poland dealt also with the constitutional history of some regions, like Pomerania (studies by Sczaniecki, Vetulani, Walachowicz), Mazovia (e.g. works of Russocki and Senkowski) and Silesia (studies by K. Orzechowski). The Gdańsk- applied sea law was analysed by St. Matysik (1958).

The University of Wrocław has focus of its attention on the history of Silesia. Apart from smaller contributions, a few monographs published recently at this University, have dealt with the Silesian matters. Specifically, K. Orzechowski wrote an extensive work on the Silesian assemblies of estates whereas S. Rogowski studied protection of Silesian minorities. B. Cybulski in his turn dealt with the constitution and law of Teschen Silesia<sup>(28)</sup>. Silesian autonomy of the inter-war time was discussed by J. Ciągwa of the University of Katowice<sup>(29)</sup>.

A separate place is due to the works on the old Poland's judicature, particularly in towns<sup>(30)</sup>.

Recent years have witnessed the emergence of a new field within the constitutional history: history of administration. The latter has been particularly dealt with by L. Łysiak of Cracow and H. Izdebski of Warsaw. This new field of learning confirms the vitality of link between legal history and legal dogmatics. The research in history of administration is also due to the administrative study, as different from the study of law, being taken up a Polish law faculties.

One of the research fields of the post-war time was the study of sources. In this respect considerable achievements were reached by Stanisław Roman, Vetulani's disciple and associate. Specifically he

<sup>(26)</sup> K. GEZYBOWSKI, *Historia państwa i prawa Polski*, tom. IV. *Od uwłaszczenia do odrodzenia państwa (History of Polish State and Law, vol. IV. From Emfranchizing Peasants to the State Restored)*, complet. and review by J. Bardach, St. Grodziski, M. Senkowska-Gluck, Warszawa 1982.

<sup>(27)</sup> St. GRODZISKI, *Franciszek Józef I (Franz Joseph I)*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1978.

<sup>(28)</sup> K. ORZECHOWSKI, *Ogólnośląskie zgromadzenia stanowe*, Opole 1979; S. ROGOWSKI, *Komisja mieszana dla Górnego Śląska 1922-1937*, Opole 1977; B. CYBULSKI, *Rada Narodowa Księstwa Cieszyńskiego*, Opole 1980.

<sup>(29)</sup> J. CIĄGWA, *Wpływ centralnych organów II Rzeczypospolitej na ustawodawstwo śląskie w latach 1922-1932*, Katowice 1979.

<sup>(30)</sup> Cf. for instance the monograph of K. KAMIŃSKA, *Sądownictwo miasta Torunia do połowy XVII wieku na ile ustroju sądów niektórych miast Niemiec i Polski (The Judiciary of town Toruń in comparison with some towns of Germany and of Poland)*, Toruń 1980; L. ŁYSIAK, *Höhere Gerichte des deutschen Rechts in Polen in XIV-XVI Jahr.*, in collective work: *Rechtsmittel ...*, Göttingen 1985, and his other papers.

wrote a monograph on the Statutes passed by Casimir the Great, the Statutes being the first big Polish fourteenth century law collection. The monograph as well as a series of articles devoted to this subject shed the new light both on the date as well as the circumstances and contents of the Statutes <sup>(31)</sup>.

Since the last war much has been done for increased publication of source books. Owing to Z. Kaczmarczyk and J. Matuszewski, the aforementioned fundamental record of medieval Polish law: Statutes of Casimir the Great, were repeatedly published and provided with scholarly commentary (Poznań, 1947). Three other scholars: A. Vetulani, St. Roman and L. Łysiak were jointly responsible for publishing so-called «Syntagmata» (Cracow, 1958). In 1960 (Poznań) the oldest Polish law known as «The Elblag Book» came out. Its editor was J. Matuszewski. As regard town law, W. Maisel took up the publication of town assessors' books and town court decisions (urteils). Some collections of documents were also published. As a result of renewing the «Ancient Polish Laws» series (*infra*, p. 000) the village court books began to come out. They were found to be highly informative of Polish law of the past as well as socio-economic status of various social strates of the Nobiliary Republic. Those undertaking monographic studies may doubtless resort to them as a starting point. So far the Uszew court book in its Zawada village was printed in 1957, whereas court books of Łącko village group, I-II, 1528-1811, were published in 1962-63. Both volumes were edited by A. Vetulani. The latter's disciples continued the work. Thus Grodziski was responsible for the volume on the court book of Jazowsko group, 1663-1808. The court book of Ivkowa village, 1581-1809 was due to St. Płaza's effort whereas that of Zywiec, 1681-1713, to L. Łysiak and M. Karaś.

A few years ago a special Source Books Section was established at the Chair of Polish Legal History at the University of Cracow. Stanisław Grodziski was appointed its head.

Among works devoted to techniques and methods applicable while dealing with the source materials, the studies by St. Płaza deserve particular attention <sup>(32)</sup>. They are the result of many years' research of this outstanding historian.

Some historians follow the research drift concerned with the private and criminal law of the old-time Poland. The problem of legal capacity of women as well as their capacity to legal transactions in

<sup>(31)</sup> St. ROMAN, *Statuty Kazimierza Wielkiego. Studium źródłoznawcze (The Statutes of Casimir the Great. The Source Study)*, 1962.

<sup>(32)</sup> PŁAZA, *Warsztat naukowy historyka wsi Polski feudalnej (The Research Guide of the Polish Feudal Village Historian)*, Warszawa 1980; see also this author's other comprehensive study: *Źródła rękopiśmienne do dziejów wsi w Polsce feudalnej. Studium archiwoznawcze (The Manuscriptal Sources Pertaining to the History of Polish Feudal Village. The Archives Study)*, Warszawa 1976.

land law (i.e. the law of Polish gentry) was discussed by the works of St. Roman and B. Lesiński<sup>(33)</sup>. The latter deals also with the history of credit in Medieval Poland.

The private law of the Enlightenment was the subject matter of A. Ohanowicz's, Z. Radwański's and J. Wąsicki's research. In their historical studies some authors resorted to criminal law. H. Grajewski published a work on capital punishment until mid 14th century (1956) while Maisel in his monograph and papers dealt with the Poznań 15th through 16th century criminal law (1963). J. Śliwinski's extensive book demonstrated the Congress Kingdom Penal Code of 1818. The history of criminal law was also discussed by M. Staszków, Wł. Sobociński, W. Daszkiewicz and M. Senkowska<sup>(34)</sup>, as well as the monograph by A. Lityński on the criminal law of the old-time Poland<sup>(35)</sup>.

The attempts at codifying law in the Nobiliary Poland were analysed by W. Uruszczak, Vetulani's youngest disciple. His monograph referred to so-called Taszycki's *Correctura* of 1532<sup>(36)</sup>.

The history of Lithuanian Law and codification in the declining years of the 16th century have for many years been focus of J. Bardach's research. It should be remembered that until partitions the Grand Duchy of Lithuania and Poland formed one Commonwealth. Bardach's paper on the origins of Lithuanian Statute aroused considerable interest of both Polish and foreign historians. Owing to Bardach's study, the high level of legal culture in the old-time Lithuania as well as its link with the Europe-wide tradition, have been demonstrated<sup>(37)</sup>.

It is a relatively short period, started in the 60 s., in which Poland's recent legal history (1918-1939) became the research topic.

<sup>(33)</sup> ST. ROMAN, *Stanowisko ... wdowy w średniowiecznym prawie polskim* (*The situation of widow in the Polish medieval law*), CPH V, 1953; B. LESIŃSKI, *Stanowisko kobiety w polskim prawie ziemskim do połowy XV wieku* (*The woman in the Polish law till XV cent.*), Wrocław 1956.

<sup>(34)</sup> WŁ. SOBOCIŃSKI, *Ze studiów nad historią prawa karnego w Polsce porobiorowej* (*Some Remarks on the History of Polish Post-Partition Penal Law*), in *Czasopismo Praxno-Historyczne*, vol. XI-2, 1959; M. SENKOWSKA, *Kara więzienia w Królestwie Polskim 1815-1847* (*The Imprisonment in the Congress Kingdom 1815-1847*), 1961.

<sup>(35)</sup> A. LITYŃSKI, *Przestępstwa polityczne w polskim prawie karnym XVI-XVIII wieku* (*Political treason in the Polish penal law of XVI-XVIII centuries*), Katowice 1976; A. LITYŃSKI, *Proces karny insurekcji kościuszkowskiej 1794* (*The Penal Proceeding in the Insurrection of Kościuszko 1794*), Katowice 1983.

<sup>(36)</sup> W. URUSZCZAK, *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie XVI wieku. Kowektura Praw z 1532 r.* (*The efforts to codify the Polish law in the first half of the XVIIth century. Correctura Iurium of 1532*), Warszawa 1979; cf. W. URUSZCZAK, *Technika kodyfikacji w Kowekturze Praw z 1532 r.* (*The technics of codification in Correctura Iurium of 1532*), in *Zeszyty Naukowe UJ, DXXXIII* (543), *Prace prawnicze*, z. 86, Warszawa-Kraków 1980.

<sup>(37)</sup> J. BARDACH, *Statuty W. Księstwa Litewskiego-pomniki prawa doby Odrodzenia* (*Statutes of the Grand Duchy of Lithuania - a source of law of the epoche of Renaissance*), in *Kwartalnik Historyczny*, LXXXI, N. 4, Warszawa 1974.

Works concerned with the constitutional history of the Second Republic (i.e. inter-war period) predominate here. Specifically Polish Constitution of 1921 was dealt with by A. Gwiźdź whereas liberties pertaining to press in the inter-war time by M. Pietrzak and administrative jurisdiction by W. Maisel. The problems of the period were also discussed by A. Ajnenkiel. The latter in cooperation with J. Jończyk and Świącicki had also studied the labour-law of inter-war Poland. The autonomy of Silesia in the inter-war Poland was dealt with by J. Ciągwa of the University of Katowice <sup>(38)</sup>.

Likewise, the research on the role of Catholic Church in Polish political life 1918-1939 have been taken up (see the monograph by J. Wisłocki of the University of Poznań) <sup>(39)</sup>.

The current handbook on Polish legal history by Kutrzeba (cfr. *infra*, p. 000) was replaced by the multi-volume work produced by a team of authors with J. Bardach at their head: « Historia państwa i prawa Polski » (History of Polish State and Law) <sup>(40)</sup>. In different Polish university centres are used also the handbooks of another authors, for example at the University of Cracow and of Katowice — the collection of lectures of St. Płaza, at the University of Poznań — collection of lectures of W. Rozwadowski <sup>(41)</sup>.

## 2. Roman Law.

Polish research in Roman Law, dating back to the 19th century, kept pace with the West-European achievements <sup>(42)</sup>. The turn of the 20th century witnessed two works which remained in use for several generations of law students. These were « Pandecta » by Fryderyk Zoll and « Zarys wykładu prawa rzymskiego » (The Outline of Roman Law System, 1916-1919) by Stanisław Wróblewski. Among monographs, works by Leon Piniński, professor of Lvov University, proved particularly unconventional as they deviated from the Pandecta exegesis, by that time commonly accepted in European research, and involved also critical analysis of Roman Law institutions. In his

<sup>(38)</sup> J. CIĄGWA, *Wpływ centralnych organów II Rzeczypospolitej na ustawodawstwo śląskie w latach 1922-1939* (The influence of the central organs of the II Republic on the legislation of Silesia in the years 1922-1939), Katowice 1979.

<sup>(39)</sup> J. WISŁOCKI, *Uposażenia Kościoła i duchowieństwa katolickiego w Polsce 1918-1939* (The economic and financial situation of the catholic Church and clergy in Poland 1918-1939), Poznań 1981.

<sup>(40)</sup> *Historia państwa i prawa Polski* (History of Polish State and Law) edit. by J. Bardach, volumes I-V, Warszawa 1965-1984.

<sup>(41)</sup> ST. PŁAZA, *Historia państwa i prawa polskiego. Zarys wykładu. I. Polska przedrozbiorowa* (History of Polish State and Law. The lectures. Part. I. Prepartitioned Poland), Katowice 1970.

<sup>(42)</sup> Vetulani emphasizes this in *Dzieje* (cit.), p. 36.

studies Piniński also tried to consider socio-economic background of legal phenomena <sup>(43)</sup>.

For his individual features, also Marcei Chlamtacz, also of Lvov, deserves particular attention. He treated Roman Law as preliminary studies to those of modern civil law. Some Roman Law professors, like Zoll, Wróblewski, Koschembar-Łyskowski, were apt to assume the same attitude to their discipline.

On the turn of the 20th century Polish Romanistic research advanced so-called classical Roman Law drift strictly bound with the German historical school. Apart from Piniński, all aforementioned Professors were its adherents. The cult of classical law promoted the research in text interpolations.

The 20th century witnessed the emergence of tendencies to compare Roman Law with that of Egypt, Greece and Babylon. A part from this tendency derived from Savigny's school, there also came to being a totally new drift: history of ancient law and papyrology. It was started in Germany owing to the initiative of Ludwig Wenger. In these two disciplines Rafał Taubenschlag, Professor of Cracow and, following World War II, also of Warsaw Universities soon gained worldwide reputation. He was a founder of international Journal of Papyrology published in Warsaw. His work is continued by his disciples: Henryk Kupiszewski at the University of Warsaw and J. Modrzewski at that of Paris. Though experts in ancient law, these historians still reveal the research profile of Romanists, this being demonstrated by their numerous papers published in Polish and foreign periodicals.

Since World War II R. Taubenschlag (Cracow-Warsaw), S. Lisowski (Poznań), E. Gintowt (Warsaw), W. Osuchowski (Cracow) and K. Kolańczyk (Poznań) were the major supporters of Romanistic research in Poland. Apart from monographs and numerous papers Taubenschlag and W. Kozubski, and following World War II also W. Osuchowski and K. Kolańczyk, were the authors of comprehensive handbooks of Roman Law <sup>(44)</sup>.

The next generation of Polish Romanists, active nowadays, continues the research in various domains of Roman Law. They arrived at remarkable achievements in their studies of the history of sources. Here a mention should be made of the works by H. Kupiszewski (Warsaw), C. Kunderewicz (Lublin), J. Kodrębski (Łódź), K. Kolańczyk (Poznań), W. Wołodkiewicz (Warsaw), A. Wiliński (Cracow-Lublin).

The study of Roman Law reception in Poland deserves particular attention. According to the earlier historians, if any reception could

<sup>(43)</sup> L. PINIŃSKI, *Księga pamioztkowa*, Lvov 1936.

<sup>(44)</sup> See detailed data produced by J. SONDEL in his *Polnische Romanistik in den vergangenen fünfunddreissig Jahren. Abriss einer Bibliographie* (in *Zeszyty Naukowe UJ*, Kraków 1980, Prace Prawnicze z. 86), p. 135.

at all be spoken of, it was limited to theoretical shape only, thus being observed in the University lectures, particularly in Cracow <sup>(45)</sup>, or in the works of learned jurists. It was however maintained that no practical reception existed <sup>(46)</sup>. This view was changed as a result of recent research on legal culture of Poland. As has been pointed out by the works of K. Bukowska <sup>(47)</sup>, as well as those of J. Sondel, J. Falenciak and M. Wyszynski <sup>(48)</sup>, Roman Law may be said to be known and already since the 16th century even practically applied in the town law courts of Poland. Though denied by the scholar of the 30 s., the practical applicability of Roman Law in Poland was thus confirmed. The reception was limited to the townsmen as the latter proved most likely to experience the need of relationships arising from obligations and ownership being regulated in a new way. Unlike the townsmen, Polish gentry opposed the reception, thereby trying to protect their own nobiliary law (so called land law or «ius terrestre») from any foreign influence.

Roman Law, however, was often resorted to in the old-time Poland as a learned discipline functioning as a general «theory of law» <sup>(49)</sup>.

Apart from reception, also the effects that Roman Law had on Polish law were dealt with. With respect to this problem, the contributions by J. Falenciak, Z. Lisowski, M. Wyszynski, W. Wołodkiewicz, as well as a monograph by J. Sondel, are noteworthy <sup>(50)</sup>. The Justinian Codification was relatively little analysed. W. Osuchowski

<sup>(45)</sup> The University of Cracow was founded in 1364.

<sup>(46)</sup> R. TAUBENSCHLAG, *La storia della recezione del diritto romano in Polonia fino alla fine del secolo XVI* (in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, vol. I, Milano 1953).

<sup>(47)</sup> K. BUKOWSKA, *Orzecznictwo krakowskich sądów wyższych w sporach o nieruchomości miejskie XVI-XVIII w.* (*Jurisdiction of the Cracow higher courts ... in the XVI-XVIIIth centuries*), Warszawa 1967 and other works of this author, connected with problems of the reception of roman law in Poland, published in Poland and in foreign countries, which are enumerated by J. SONDEL (*op. cit.*), p. 142.

<sup>(48)</sup> J. SONDEL, *W sprawie prawa rzymskiego w Kronice Polskiej Mistrza Wincego zwanego Kadłubkiem* (*Some remarks on the Roman Law in the Polish Cronicle of Master Vincent called Kadłubek*), in *Kwartalnik Historyczny*, vol. 85, 1978, n. 1, p. 95 ff. Other papers and the works of other Authors - see SONDEL, *Polnische Romanistik*, p. 143.

<sup>(49)</sup> Numerous contributions point to excellent education in Roman Law of Polish 16th through 18th century lawyers, see e.g. K. BUKOWSKA, *Tomasz Dresner 1560-1616, polski romanista XVII w. i jego znaczenie dla nauki prawa ziemskiego* (*Thomas Dresner 1560-1616, Polish romanist of the XVIIth century and his role in the science of Polish «ius terrestre»*), Warszawa 1960; I. MALINOWSKA, *Mikołaj Zalasowski - polski prawnik 17 stulecia na tle ówczesnej nauki prawa* (*Nicolaus Zalasowski - a Polish jurist of the 17th century and the jurisprudence of this time*), Kraków 1960.

<sup>(50)</sup> SONDEL, *Poln. Romanistik*, p. 143.

and A. Wiliński devoted their studies to it<sup>(51)</sup>. Some part of Polish research was concerned with the significance of Roman Law in other European countries<sup>(52)</sup>. As a source study the work by K. Kolańczyk on Rajmund Partenopeus «*Summa legum brevis, levis et utilis*» is of high-ranking character<sup>(53)</sup>.

History of Roman civil procedure is the second and more pursued Roman Law research drift in Poland. Among numerous scholars studying this problem there were M. Staszaków, M. Zabłocka, W. Rozwadowski and H. Kupiszewski. Most attractive however proved this subject to be for W. Litewski who devoted to it a series of papers and several monographs<sup>(54)</sup>.

As regards the personal law, it was particularly studied by M. Żołnierczuk (Lublin) as well as M. Staszaków (Wrocław).

Polish research comprised also family, property and inheritance laws, as well as the law of obligations. Out of the works listed by Sondel in his bibliography some deserve particular attention. Thus a mention should be made of studies by H. Kupiszewski on matrimonial law, B. Wierzbowski and G. Kuleczka on the status of children in Roman family, and M. Kuryłowicz on adoption<sup>(55)</sup>. The problems of obligations were studied by Cracow scholars. W. Osuchowski wrote a series of articles and a monograph on compensation<sup>(56)</sup>, whereas J. Sondel on precarium<sup>(57)</sup>. Obligations were also the subject matter of Warsaw (Kupiszewski, Wołodkiewicz, Zabłocka) as well as Poznań (Rozwadowski) Romanists.

(51) W. OSUCHOWSKI, *De l'importance des scolies aux Basiliques pour la connaissance de la genèse du Digeste de Justinien*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, vol. IV, 1971, p. 183; A. WILIŃSKI, *Problem moderner Textkritik des Corpus Iuris Civilis*, in *Helikon*, vol. 9-10, 1969-1970, p. 811.

(52) K. BUKOWSKA-GORGONI, *Z historii prawa rzymskiego we Włoszech i we Francji - mos italicus i mos gallicus* (Some remarks on the history of Roman law in Italy and in France - mos italicus and mos gallicus), in *Czasopismo Prawno-Historyczne*, vol. 12, 1960, fasc. 2, p. 177; W. LITEWSKI, *Les textes proceduraux du droit de Justinien dans le Décret de Gratien*, in *Studia Gratiana*, vol. 9, 1966, p. 67; E. SZYMOSZEK, *Pojęcie kompetencji sędziego w procesie rzymsko-kanonicznym* (The power of the judge in the roman-canon proceeding), in *Acta Universitatis Vratislaviensis*, n. 234, *Przegląd Prawa i Administracji*, 5, 1974, p. 221.

(53) K. KOLAŃCZYK, *Summa legum brevis, levis et utilis - monument mystérieux du droit romain médiéval*, in *BJDR*, vol. 78, 1975, p. 161.

(54) W. LITEWSKI, *Wybrane zagadnienia rzymskiej apelacji w sprawach cywilnych* (Select Questions pertaining to Roman Appeal in Civil Matters), Kraków 1967; see also *Studia nad rzymskim postępowaniem cywilnym* (Studies on Roman civil procedure), Kraków 1971; and *Pignus in causa iudicati captum*, Kraków 1975; as regards his papers cf. bibliography published by SONDEL, p. 147, 148.

(55) See both his papers and a monograph: *Adoptio prawa rzymskiego* (The Roman adoption), Lublin 1976.

(56) W. OSUCHOWSKI, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim* (The Historical Development of Roman Compensation), Warszawa-Kraków 1970.

(57) J. SONDEL, *Precarium w prawie rzymskim* (The Roman Precarium), Kraków 1971.

Roman public law was by no means neglected. This referred both to constitutional and criminal law. The latter was analysed by W. Osuchowski, A. Wiliński and Z. Papierkowski.

While filling the questionnaire submitted to them by the Italian periodical *Labeo*, Polish Romanists had also their share in the international discussion on the significance that Roman Law still had in our days. Apart from their contributions to this discussion, Polish scholars such as Osuchowski, Wilinski, Kolańczyk and Sondel<sup>(58)</sup> launched a campaign against the tendencies to limit Roman Law studies at the Polish Universities. As a result of this campaign, the lecture on Roman law returned to its traditional proportions. The effects that Roman law still has on modern civilisation are emphasized by Warsaw research<sup>(59)</sup>.

Polish Romanists, and particularly those of Warsaw, Cracow and Poznań, maintain close contacts with the European Universities, publishing their papers in foreign journals and exchanging professors.

### 3. *History of Church Law.*

Like Roman Law, thus also the Church law developed in Poland since the Middle Ages. It was not before the century that, affected by the historical school, history of canon law began to develop. But only in that part of Poland which was subject to Austria, the chairs of Church law were likely to be set up. Apart from the Church law in force, also the theory of this law was dealt with at that time (E. Rittner in Lvov and U. Heyzman in Cracow) and the sources of this law, specifically the synod statutes, were being published (Heyzman).

Bolesław Ulanowski and Władysław Abraham proved to be the most outstanding canonists in this early period. While the former was most absorbed with editorial work, the latter became famous for his monographic studies and attempts at synthesis on the Church organization in Poland and Ruthenia<sup>(60)</sup>, his research being continued by Tadeusz Silnicki in the inter- and post-war Poland. Since the 30 s. the canon law was the research domain of Adam Vetulani. His studies on the Polish benefice system, and above all his work on the Cathedral Chapter of Strassburg as well as his novatory studies on the Decree of Gratian (those most recent published in 60 s. and 70 s.) secured him world-wide reputation. Vetulani kept close and constant contact with such outstanding canonists like Le Bras of France or Kuttner of

<sup>(58)</sup> Bibliography by SONDEL, p. 165-166.

<sup>(59)</sup> W. WOŁODKIEWICZ, *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego* (*The Roman roots of the contemporary civil law*); Warszawa 1978.

<sup>(60)</sup> Wl. ABRAHAM, *O organizacji Kościoła w Polsce do potawy wichu XII* (*Organization of the Church in Poland till XII century*), Lvov 1890.

Berkeley, USA. Also his works on medieval legal manuscripts stored in Polish libraries aroused much interest abroad.

Jakub Sawicki of Warsaw was also an eminent expert in the history of the Church and its law. Owing to him, ten volumes of Polish synodal Statutes (*Concilia Poloniae*) were published. The *Concilia* still provide basic material for studies on Church problem in Poland <sup>(61)</sup>.

The research on canon law history is continued by professors Marian Źurowski, Marian Fąka and Marian Myrcha of the Academy of Catholic Theology (A.T.K.) in Warsaw. At the Catholic University of Lublin (K.U.L.) the same is done by Wojciech Góralski and Rev. Wójcik, the Bishop <sup>(62)</sup>. Ignacy Subera, recently deceased historian of Warsaw A.T.K. specialized in general canon law history. Apart from «*Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*» (*History of Canon Law Sources and Learning*, Warsaw 1970, sed. ed. 1977), he also wrote a series of papers on methodology of historical and legal studies <sup>(63)</sup>.

As a result of the Theology faculty being dissolved in Cracow and Warsaw Universities in 1954, the canon law research was dramatically reduced <sup>(64)</sup>.

Yet the erection of new Polish Catholic higher education institutions provided for further possible development of the discussed domain of learning. Specifically, thanks to pains taken by cardinal Karol Wojtyła, the Papal Department of Theology was established in Cracow in December 1981. By 8 Dec. 1981 in its turn Papal Department of Theology of Cracow resumed its activity by virtue of *motu proprio* issued by Pope John Paul II <sup>(65)</sup>.

#### 4. *General legal history.*

History of foreign laws: German and French, was studied in the Universities of partitioned Poland even before the lectures on Polish

<sup>(61)</sup> *Concilia Poloniae*, 10 volumes, edited by J. Sawicki, Lublin-Warszawa, 1948-1963.

<sup>(62)</sup> I owe the information to Rev. Marian Zurowski of the Warsaw Academy of Catholic Theology and Dr. Andrzej Nowakowski, adiunct in the Lublin Catholic University.

<sup>(63)</sup> Cf. K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Polnische rechtshistorische Literatur*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, Jahrgang 1983, p. 77.

<sup>(64)</sup> In 1959 the Roman «*Congregatio de Propaganda Fide*» recognized in that the Faculty of Theology of Jagellonian University incessantly continued, enjoying the full status of teaching authority of the Church. The Professors of the dissolved faculty were still active in the Priest Higher Seminar of Cracow Archidioecese whereas the Jagellonian theological book collection was taken over by the Warsaw ATK, established on 1 Oct. 1954.

<sup>(65)</sup> *Motu proprio* «*Beatam Hedwigam*» of 8 Dec. 1981.

legal history were resumed. As Cracow was subject to Austria by that time, legal history focused on the development of German law <sup>(66)</sup>. Unlike in Cracow, in Warsaw which with all central Poland was subject to the Russian Empire <sup>(67)</sup>, the tradition of the Duchy of Warsaw (1807-1814) and Napoleon Bonaparte remarkably survived, Polish hopes to regain independence being at one time vested in the latter. As a result of this tradition, Polish Kingdom was still impressed by the French culture and the law of France. The Napoleonic Code Civil, in force in the Duchy of Warsaw, retained its binding force in the Kingdom of Poland, and even on the part of restored Poland following 1918. In view of these facts, it is not surprising that by the mid-nineteenth century French law and its history was lectured at the University of Warsaw <sup>(68)</sup>.

Romuald Hube, mid-nineteenth century professor of Warsaw University, was particularly interested in the history of law other than Polish. His works on *Lex Salica* or on Burgundian Law were known and highly valued also beyond Poland.

Only the end of repressions and the re-Polonization of Cracow University facilitated, though still under the Austrian rule, the nineteenth century development of foreign law history <sup>(69)</sup>. It was in this period that such outstanding legal historians like Lotar Dargun, Stanisław Estreicher (in Cracow) or Alfred Halban (in Lvov) were active. They all, and particularly Estreicher, remarkably contributed to the development of comparative method in Polish historiography <sup>(70)</sup>. Though the three aforementioned scholars focused their interests mostly on German and Germanic laws, it was nevertheless owing to them that the Polish world of learning extended its research field by the study of West-European legal sources. The work of Halban on Polish-Papal relationships or that by Estreicher on the origins of the European law of contract may serve as examples of this tendency. From that time on, those who studied European law tried to maintain that varying range of interests.

---

<sup>(66)</sup> M. PATKANIOWSKI, *Dzieje Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego od reformy Kollątajowskiej do końca XIX stulecia (History of the Law Faculty of the Jagellonian University from the reforms of Kollątaj till the end of the XIXth century)*, Kraków 1964.

<sup>(67)</sup> It was the time of the — so called — « Polish Kingdom », in which the Russian emperor used the title of Polish king. In this Kingdom, only formally « Polish », established after the Vienna Congress in 1815, there were for Poles hard persecutions and russification. This territory (after 1832) was simply called « Land of Vistula ».

<sup>(68)</sup> See P. BURZYŃSKI, *Wykład prawa francuskiego (The Lecture on French Law)*; WŁ. SOBOCIŃSKI, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego (Legal History of the Duchy of Warsaw)*, Toruń 1964.

<sup>(69)</sup> PATKANIOWSKI, *Dzieje ...*, p. 357.

<sup>(70)</sup> VETULANI, *Dzieje ...*, p. 34.

Following 1945 M. Sczaniecki published in France a comprehensive study on the history of European law of fiefs. Iwo Javorski took up the studies of the constitution of revolutionary France whereas Michał Patkaniowski resumed the research on the history of medieval Italian law and its impact on Polish town law <sup>(71)</sup>. Witold Sawicki in his turn gave interesting analysis of Franconian state. Józef Matuszewski deserves the credit for initiating research on Slavic law on the area subject to Germany whereas Rafał Taubenschlag, the known Romanist, studied the impact of foreign laws on Poland and Lithuania.

Following World War II, Karol Koranyi, alumn of the University of Lvov, whose research was strictly devoted to the history of foreign law, was first active in the University of Toruń and then for many years in that of Warsaw. Bibliography of legal history covering the period of 1930-1936 was among his rich output which culminated in multi-volume handbook of constitutional and legal history. This work, based on immense source material, may be considered unique by European standards. Extending from antiquity until the decline of the nineteenth century, the handbook provides detailed review of constitutional and legal history in major European countries and the United States of America. Likewise, it deals with legal sources and gives general characteristics of private and penal law, as well as procedure. Repeatedly published in Polish, and never translated into any other language, the handbook however remained beyond the reach of foreign readers.

Many of Koranyi's contributions were concerned with the European criminal law, legal culture and the law of inheritance. Though his research Koranyi set up a pattern of profound and innovatory comparative studies <sup>(72)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> M. SZCZANIECKI, *Essai sur les fiefs-rentes*, Paris 1946; I. JAWORSKI, *Historia ustroju państw zachodnio-europejskich, Francja-Anglia-Niemcy (Constitutional history of the West-European States: France, England, Germany)*, Wilno 1931; M. PATKANIOWSKI, *Charakterystyka ustawodawstwa statutowego na tle rozwoju komuny włoskiej (Characteristic of the statute legislation of the Italian communes)*, Kraków 1938; M. PATKANIOWSKI, *O kilku analogiach w ustroju miast włoskich i polskich (On some analogies in the constitution of Italian and Polish towns)*, Kraków 1938; I. JAWORSKI, *Powszechna historia państwa i prawa od początku XVI w. do 1871 r. (General history of state and law from the beginning of the XVIth century till 1871)*, Wrocław 1951; W. SAWICKI, *Gallo-frankoński comes civitatis w VI wieku po Chrystusie (The Gallo-Franconian comes civitatis in the VIth century after Christ)*, Warszawa 1933.

<sup>(72)</sup> Cf. for instance K. KORANYI, *Podstawy średniowiecznego prawa spadkowego (The Base of the medieval inheritance law)*, in *Pamiętnik Historyczno-Prawny*, vol. IX, Lvov 1930, and his great handbook *Powszechna historia państwa i prawa w zarysie (An outline of the General History of State and Law)*, multi-volume, edited in Warsaw in the years 1961-1967.

Upon Koranyi's death, M. Sczaniecki became the head of the chair of foreign law history in Warsaw. Apart from his various contributions, he also wrote a handbook on the history of foreign law. Unlike Koranyi's work, which was distinguished by thorough analysis and richness of details, his handbook tended to give priority to synthesis and general characteristics of epochs and institutions. The tasks assumed by the two aforementioned scholars are at present being continued by Katarzyna Sójka-Sielińska of Warsaw who not only re-edited Koranyi's but also produced her own handbook on legal history, both Polish and foreign <sup>(73)</sup>.

In Cracow of the inter-war time Stanisław Estreicher lectured on foreign legal history, then called legal history of West-European countries. In November 1939 he shared the fate of many other professors of Jagellonian University, being imprisoned and subsequently murdered in the concentration camp of Sachsenhausen. Distinguished by extraordinary intuition, his research allowed for exploratory output.

As a result of Estreicher's encouragement, Michał Patkaniowski, Estreicher's disciple, took up studies in the history of Italian law. His long research stay in Rome, including studies supervised by Pier Silverio Leicht, resulted in his monograph published in Cracow 1939, on the guilt and penalty in the Italian municipal law <sup>(74)</sup>. Owing to Patkaniowski's effort, Cracow University library was, by Polish standards, well provided with the printed statutes of Italian municipal communes. In this respect, the Legal History Institute store, together with that of the Jagellonian Library — the remarkable portion of which is owed to Hube — is sufficient to make Polish studies in medieval Italian law possible. At present such studies are continued by Patkaniowski's disciples and associates: Lesław Pauli and Irena Malinowska-Kwiatkowska <sup>(75)</sup>. It is worthwhile to note that Legal History Institute of Cracow University is at the moment the only Polish centre responsible for the research on the history of Italian law <sup>(76)</sup>. This

<sup>(73)</sup> K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Historia prawa (History of Law)*, Warszawa 1981.

<sup>(74)</sup> M. PATKANIOWSKI, *Wina i kara. Elementy rzymskie i germańskie w prawie karnym statutów miast włoskich (The Guilt and Penalty in the penal law of the towns statutes in Italy)*, Kraków 1939.

<sup>(75)</sup> L. PAULI, *Infirmitas sexus. Sytuacja prawna kobiet w świetle przepisów karnych ustawodawstwa statutowego miast włoskich (Infirmitas sexus. Womens' legal situation among the penal prescriptions of the statute legislation in Italy)*, Kraków 1975; I. MALINOWSKA-KWIATKOWSKA, *Gwarancje wolności w ustawodawstwie średniowiecznych miast włoskich (The liberty's guarantees in the medieval legislation of Italian towns)*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1980; I. MALINOWSKA-KWIATKOWSKA, *Pravo prywatne w ustawodawstwie Królestwa Sycylii 1140-1231 (Private Law in the legislation of the Kingdom of Sicily, 1140-1231)*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1973.

<sup>(76)</sup> On the research of Cracow historians, specifically in the field of Italian Statute Law see L. PAULI's article published in *Revue des Etudes Italiennes*.

research is also made possible thanks to the contact maintained by Cracow Institute with the Universities of Bologna, Milano, Padua, Rome, Florence, etc.

The Cracow Institute of Legal History was also a centre of research on the English constitutional and legal development. This research drift, initiated by Wojciech M. Bartel's monograph on the guarantees of liberty in Anglo-Saxon England (*Ochrona wolności osobistej na tle rozwoju państwowości anglosaskiej Brytanii do roku 1066*, Kraków 1965) was followed by the study on high treason in England until the end of Stuart era by Kazimierz Baran (*Warszawa-Kraków 1982*).

Since 1945, much emphasis has been laid on the research pertaining to the law of partitioning states as their law was applicable in Poland over 1772-1918. Władysław Sobociński was responsible for initiating this research first in Cracow and then in Warsaw Universities. This historian has already been mentioned as the author of excellent synthesis on constitutional and legal history of the Duchy of Warsaw <sup>(77)</sup>.

Criminal law of partitioning states was particularly studied by a group of historians among whom Stanisław Salmonowicz with his monograph on the penal law of enlightened despotism <sup>(78)</sup> and Lesław Pauli with his study on penal law of the Free Town of Cracow <sup>(79)</sup> deserve being mentioned.

The history of European criminal law, not limited to that of partitioning states, is the subject matter of studies, also of monographic type, published by S. Salmonowicz, Z. Zdrójkowski, L. Pauli, Q. Letewski, I. Kwiatkowska, K. Baran <sup>(80)</sup>.

The history of medieval private law is also the domain of research carried by Irena Malinowska-Kwiatkowska whereas the European private law of the recent centuries is studied mostly by K. Sójka-Zielińska of Warsaw. The latter has recently published a book on great nineteenth century codifications. W. Litewski in his turn extended his research to the seventeenth century German procedure.

<sup>(77)</sup> WŁ. SOBOCIŃSKI, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego (The constitutional and legal history of the Duchy of Warsaw)*, Toruń 1964.

<sup>(78)</sup> ST. SALMONOWICZ, *Prawo karne oświeczonego absolutyzmu (The criminal law of the Enlightenment Absolutism)*, Toruń 1966.

<sup>(79)</sup> L. PAULI, *Austriacki kodeks karny z 1803 r. w Wolnym Mieście Krakowie (1815-1833) (The Austrian Criminal Code of 1803 in the Free Town of Cracow, 1815-1833)*, part I, Kraków 1968, part II, Kraków 1970.

<sup>(80)</sup> L. PAULI, *Poenae propriae. Das Problem der Sonderstrafen in der europäischen Gesetzgebung aus den Jahren 1751-1903*, Kraków 1982; W. LITEWSKI, *Landrecht des Herzogtums Preussen 1620. 1. Strafrecht*, Kraków 1982; W. LITEWSKI, *Landrecht des Herzogtums Preussen 1620. 2. Prozessrecht*, Kraków 1984; I. KWIA-TKOWSKA, *Prawo karne rosyjskiej kodyfikacji 1649 r. (The Criminal Law of the Russian codification of 1649)*, Kraków 1984; K. BARAN, *High treason in England until the end of Stuart era*, Warszawa-Kraków 1982.

Constitutional history of modern Germany and German law is for many years the research domain of J. Wąsicki of Poznań and S. Salmonowicz of Toruń. The latter has recently published a monograph on Frederick the Great <sup>(81)</sup>.

Third Reich, particularly during World War II was studied by Wrocław historians who dealt with its criminal law, forced labour under Nazi occupation and the constitutional system of the occupied France <sup>(82)</sup>.

A considerable group of Polish historians has for many years dealt with the history of legal learning and culture, both Polish and European. This research drift resulted in a series of works on Polish jurists of the past and their output <sup>(83)</sup>. The works confirmed the existence of strong link between old Poland's legal culture and that of western Europe, Italy including <sup>(84)</sup>. This holds true both with respect to the 16th through 17th as well as 18th centuries <sup>(85)</sup>.

Like Romanists, thus also the historians dealing with European law are highly interested with the impact of foreign law on Polish culture. In this respect the influence of Roman law was studied by K. Bukowska and L. Pauli whereas that of German law by J. Matuszewski and Z. Zdrójkowski. French influence was analysed by W. Sobociński and N. Senkowska, and Italian by L. Pauli and I. Malinowska-Kwiatkowska. While following this research line, a series of papers and books on Chełmno law (*ius Culmense*) <sup>(86)</sup> was published

<sup>(81)</sup> J. WASICKI, *Rzesa a kraje niemieckie 1789-1815; 1914-1949*, Poznań 1982; St. SALMONOWICZ, *Fryderyk II*, Wrocław 1981.

<sup>(82)</sup> Cf. for example the following monographs published in Wrocław: F. POŁOMSKI, *Aspekty rasowe w postępowaniu z robotnikami przymusowymi i jeńcami wojennymi w Trzeciej Rzeszy*, Wrocław 1976; A. KONIECZNY, *Górny Śląsk pod rządami wojennego prawa karnego Trzeciej Rzeszy*, Wrocław 1972; T. JANASZ, *Państwo francuskie 1940-1945. Ideologia, organizacja, polityka*, Wrocław 1977; cf. also the edition of the sources «*Documenta occupationis*», vol. X, Poznań 1976.

<sup>(83)</sup> Z. ZDRÓJKOWSKI, «*Praktyka kryminalna*» *jakuba Czechowicza*, Toruń 1949; Z. ZDRÓJKOWSKI, *Teodor Ostrowski 1750-1802*, Warszawa 1966; L. PAULI, *Jan Nixdorff (1625-1697)*, Warszawa 1957; K. BUKOWSKA, *Tomasz Dresner (1560-1616)*, Warszawa 1960; I. MALINOWSKA, *Mikołaj Zalasowski, polski prawnik XVII stulecia na tle ówczesnej nauki prawa*, Kraków 1960; St. SALMONOWICZ, *K. B. Steiner (1746-1814), toruński prawnik i historyk*, Toruń 1962.

<sup>(84)</sup> See e.g. I. MALINOWSKA-KWIATKOWSKA, *La conoscenza dei problemi politico-giuridici italiani e i loro influssi nella Polonia del Cinque- e del Seicento*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, vol. IV, Kraków 1971.

<sup>(85)</sup> In their collective work, Z. ZDRÓJKOWSKI, S. WALTOŚ, W. MAISEL and I. KWIATKOWSKA have pointed to express effects that European humanitarian ideas, particularly those of Beccaria, had on Polish legal development - see the volume «*Humanitarian tradition of the Polish criminal procedure*», ed. by S. WALTOŚ, in *Zeszyty Naukowe UJ, Prace Prawnicze*, 2. 102, Warszawa-Kraków 1983.

<sup>(86)</sup> The law of Chełmno (*ius culmense*, Kulmer Handfeste) was the particular law given in a privilege by Hermann von Salza and Hermann Balk to the towns Chełmno (Kulm) and Toruń in 1233. It was based upon the law of Mag-

by Z. Zdrójowski, an expert in this problem. It is also owing to him that a comprehensive, multi-volume memorial book, commemorating 750 year anniversary of Ius Culmense being introduced in Poland, is in print now. The historians from various Polish universities have their share in this book.

Also while keeping to this research pattern, Poland-wide team to study history of foreign law in Poland was established in the University of Cracow. It is headed by L. Pauli.

##### 5. *History of legal and political doctrines.*

It was until after 1945 that these doctrines became a separate subject lectured on in the Polish universities. Previously it was covered by the history of legal philosophy<sup>(87)</sup> or treated jointly with foreign legal history<sup>(88)</sup>. In fact the doctrines have for many years been the subject of interest of not only legal historians, but also theoreticians and politologists. They all are interested in the doctrines developed by famous European thinkers and politicians such as Macchiavelli, Bodin, Grotius, Rousseau, Montesquieu or Beccaria<sup>(89)</sup>. The treatises by Macchiavelli, Hobbes and Bodinus were translated into Polish, the most famous works by Rousseau and Montesquieu being translated prior to World War II.

These interests in European political thoughts resulted in a series of works such as that by J. Baszkiewicz on medieval Italian doctrines or that by M. Sobolewski treating of the 19th and 20th Century France. The studies in the Catholic Church doctrine were also taken up by K. Grzybowski and B. Sobolewska. As regards socialistic doctrines they are dealt with by the historians grouped in the Cracow Institute of Political Science, and particularly by M. Waldenberg.

---

deburg and was very known and frequently adopted in Polish towns. A Polish legal historian from the Toruń university, Z. ZDRÓJKOWSKI is an eminent specialist in its history: he dedicated many papers, articles and some monographs to this law and its development.

<sup>(87)</sup> See J. LANDE, *Historia filozofii prawa (History of the law philosophy)*, Kraków 1948.

<sup>(88)</sup> See lectures published by St. ESTREICHER, *Historia ustrojów i prawa na Zachodzie Europy (Constitutional and legal history of Western Europe)*, Kraków, 1928-29.

<sup>(89)</sup> On Macchiavelli a lot had been written by J. MAŁARCZYK (Lublin) and K. Grzybowski, see particularly the introduction of the latter to the last Polish edition of «Il principe». A monograph on the Marsilius of Padua was produced by A. WÓJCIWICZ, *The Model of State Power according to Marsilius of Padua*, Katowice 1977. On Bodin an interesting article was inter alia published by M. SZCZANIECKI, *Jean Bodin et la Pologne*. Montesquieu's ideas had been a subject matter of a collective volume devoted to this author: *Monteskiusz i jego dzieło. Sesja naukowa w dwusetną rocznicę śmierci (Montesquieu and his work. Scientific session in the 200 anniversary of his death)*, Warszawa 1955.

A separate place is due to the research on Polish political and legal thought. With respect to this subject, a mention should be made of the work by W. Voisé on Andrzej Frycz-Modrzewski, Polish political writer and philosopher of the Renaissance. No less interesting is the work by Wł. Sobociński on Filip Kallimach Buonaccorsi and Joan Ostroróg. The same holds good with respect to the work by St. Grodziski on Stanisław Konarski, Polish great reformer of the Enlightenment, or on Hugo Kołłątaj (works by K. Opałek and M. Patkaniowski). Also work by H. Olszewski dealing with the interwar Polish doctrines are worth mentioning.

History of Polish political thought under partitions is studied by R. Rett-Ludwikowski and W. Kozub<sup>(90)</sup>. Other works analyse the impact of foreign political thought on Poland. Here numerous works by K. Grzybowski, works by Z. Zdrójkowski devoted to the Polish humanitarians, as well as the paper by I. Malinowska-Kwiatkowska on Italian constitutional ideas as widespread in the 16th and 17th century Poland, deserve being mentioned.

Following World War II several handbooks on the history of political and legal doctrines were published in Poland. In this respect special place is due to the multi-volume handbook by G. L. Seidler (its last volume on the political thought of the last centuries being published in 1972), as well as handbook written by K. Grzybowski, J. Baszkiewicz and H. Olszewski, the latter being most recent<sup>(91)</sup>.

## 6. *Auxiliary disciplines.*

Of unique character in Polish, and perhaps European, legal history are the achievements arrived at by professor W. Maisel of Poznań university. As an expert in town and criminal law of the old-time Poland, for many years has W. Maisel studied what has hitherto been unknown in Poland and what is called legal archeology. By 1982 his research resulted in «Archeologia prawna Polski» (Legal Archeology of Poland).

Two German scholars: Karl von Amira (1889) and Klaudius von Schwerin (1943) gave rise to this discipline. As W. Maisel had written

---

<sup>(90)</sup> K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Polnische rechtsgeschichtliche Literatur. Eine Übersicht der letzten zehn Jahre*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, Jahrgang 1983, p. 83.

<sup>(91)</sup> K. GRZYBOWSKI, *Historia doktryn politycznych i prawnych (History of political and legal doctrines)*, part. I, II, Kraków 1958; J. BASZKIEWICZ, *Historia doktryn polityczno-prawnych do końca XVII wieku (History of political-legal doctrines till the end of the XVIIth century)*, Warszawa 1968; H. OLSZEWSKI, *Historia doktryn politycznych i prawnych (History of political and legal doctrines)*, Warszawa-Poznań 1973; cf. also J. BASZKIEWICZ, *Historia Francji (History of France)*, Wrocław 1974.

« the subject of legal archeological research is made up by objects which in the past fulfilled specific lawdefined functions in social life. These functions were of subservient to the enacting and implementing legal norms »<sup>(92)</sup>. Thus it was thanks to W. Maisel that this discipline, already cultivated in various European countries, was introduced into Poland. His « Archeology » amounts to a remarkable synthesis of his large-scale archival research, and confirms both the richness of Polish legal culture as well as its link with the culture of Europe.

At present Maisel tries to complete his book on legal archeology of Europe.

7. *Legal historians' fields of activity. Journals. Contacts with foreign centres.*

At present there are 9 universities in Poland, as well as three Catholic higher education institutions, i.e. Academy of Catholic Theology in Warsaw, private Catholic University in Lublin and Papal Academy of Theology in Cracow, the latter being established in 1981, owing to the efforts of John Paul II.

Legal history is lectured at all these universities and academies. Also the most recent Polish university of Katowice disposes of a handful of scholars dealing with legal history, Adam Lityński and Józef Ciągwa being among them.

Apart from the universities, also committees of the PAN (Polish Academy of Science, which replaced earlier Academy of Learning, PAU) as well as the latter's Institute of History, Constitutional and Legal History Section, make up the institutions in which legal historians are active. Legal commission functioning at PAN Cracow Section is responsible for publishing « Archivum Iuridicum Cracoviense », a journal containing papers in foreign languages. Some of its articles deal with legal history<sup>(93)</sup>.

The major journal of Polish legal historians' has for many years been « Czasopismo Prawno-Historyczne » (Journal of Legal History), published twice a year since 1954. The journal publishes papers in Polish adding summaries in foreign languages. Apart from this journal, a Quarterly « Prawo kanoniczne » (Canon Law) is published by Warsaw Academy of Theology. Likewise, legal historians used to publish their papers in purely historical or legal, and sometimes regional journal (e.g. *Studia Śląskie*, *Studia Źródłoznawcze*, *Annales UMCS*, *Zeszyty Naukowe U.J.*, etc.).

<sup>(92)</sup> W. MAISEL, *Archeologia prawna Polski*, Poznań 1982, p. 15.

<sup>(93)</sup> *Archivum Iuridicum Cracoviense*, vol. I (1968) and following are published and accessible in the libraries of many scientific centres out of Poland, thanks a change between the Polish Academy of Sciences (P.A.N.) and these centres.

In Poland an attempt has been made to keep link between legal history and legal dogmatics. This attempt is reflected not only in the historians' interest in private and criminal law but also in the emergence of history of administration as a discipline closely bound with the administrative law and science (see *infra*, p. 9).

Polish legal historians maintain constant contact with their friends from other slavic countries (Czechoslovakia, USSR, Bulgaria). To facilitate this contact, congresses devoted to legal history are held every year in one of the Central European countries. Apart from Slavs, also Hungarians and Germans of DDR i.e. the scholars from socialistic countries take part in them.

No less close are the links between Polish and international world of learning. Polish legal historians take part in international congresses such as Rechtshistorikertag in Germany or Switzerland, Società Italiana di Storia del Diritto in Italy, Société Jean Bodin and Société d'Histoire du Droit, as well as mediévistic congresses held in Poitiers. They also maintain contact with University centres and institutions of learning found in various European countries and in the United States of America.

The present contribution which is of necessity short emphasizes only the most important development lines of Polish legal history. It is worthwhile to note that the latter — despite Poland's vicissitudes — always tried to maintain link with European learning, confirming vitality of Polish culture thereby.

*Ragguagli fiorentini*



ATTIVITÀ DEL 'CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO'  
NELL'ANNO ACCADEMICO 1985

Nel passato anno accademico il Centro ha avuto quali graditi ospiti alcuni prestigiosi colleghi stranieri: il prof. Alfred Dufour, Ordinario di Storia del diritto nella Università di Genève, che vi ha trascorso un intero semestre di studio, e il prof. Claes Peterson, Ordinario di Storia del diritto nella Università di Stockholm, che ha voluto tornarvi per il secondo anno consecutivo.

Nel 1985 il fatto culturalmente più significativo è stato la realizzazione del Convegno internazionale di studio su « *Storia sociale e dimensione giuridica* ». Da tempo preannunciato, si è regolarmente tenuto nei giorni 26 e 27 aprile, durante la prima giornata nella splendida sede della sala di Luca Giordano nel Palazzo Medici Riccardi, durante la seconda nella stessa Sede del Centro a Villa Ruspoli. Dopo una introduzione ai lavori di Paolo Grossi, si sono avute la relazione generale di Jacques Le Goff e le relazioni di uno storico, Cinzio Violante, e di un giurista, Mario Sbriccoli. Intensa la partecipazione e folto il numero degli interventi, che hanno spesso assunto la forma di validi contributi e opportune integrazioni. Ricordiamo quelli di Alberto Caracciolo, Mario Bretone, Claudio Pavone, Leandro Perini, Corrado Vivanti, Bruno Paradisi, Raffaele Ajello, Massimo Brutti, Pierangelo Schiera, Bartolomé Clavero, Francisco Tomas y Valiente, Johannes Michael Scholz, Antonio Manuel Hespanha, Giulio Vismara.

Gli 'Atti' sono in corso di pubblicazione presso l'Editore Giuffrè di Milano, e vedranno la luce nei prossimi mesi nell'ambito della 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno' che si affianca a questi 'Quaderni' (ne costituirà il volume ventiduesimo).

Si segnala un fatto rilevante intervenuto nella vita del Centro durante il 1985: la Facoltà giuridica fiorentina, in base al regolamento del Centro stesso, ha provveduto alla nomina del Direttore e dei componenti il Consiglio di direzione per il quinquennio 1985-90. È stato confermato Direttore il prof. Paolo Grossi, Ordinario di Storia del diritto italiano. È stato confermato nel Consiglio il prof. Pietro Costa, Ordinario di Storia del diritto italiano, mentre sono stati eletti quali nuovi Consiglieri i proff. Umberto Allegretti, Ordinario di Diritto amministrativo, Maurizio Fioravanti, Ordinario di Storia delle costituzioni moderne e Andrea Proto Pisani, Ordinario di Diritto processuale civile. Data la simbiosi fra Centro e 'Quaderni fiorentini', secondo la prassi, il prof. Grossi è stato, a sua volta, nominato Redattore del foglio organo del Centro, mentre gli altri consiglieri sono entrati a far parte del Consiglio di redazione; con loro, essendo oggi il Consiglio di redazione dei 'Quaderni' composto di cinque membri per disposizione del regolamento generale sulle Riviste universitarie fiorentine, è stato in esso cooptato il prof. Piero Fiorelli, Ordinario di Storia del diritto italiano nell'Università di Firenze.

P. G.

*Per Carl Schmitt (1888-1985)*



MARIO NIGRO

## CARL SCHMITT FRA DIRITTO E POLITICA

1. Ciò che rende difficile parlare di Schmitt — oltre che la vastità della produzione accumulatasi, è il caso di dire, su di lui — è la molteplicità dei suoi interessi, congiunta alla lunga operosità della sua vita di studioso, le quali — molteplicità di interessi e lunga operosità — fanno, fra l'altro, sì che di Schmitt non ce ne sia uno solo, ma tanti quanti sono le epoche e gli eventi che egli si è trovato ad indagare con la forza congiunta della sua geniale intelligenza e della sua amplissima e varia cultura. Un soddisfacente discorso generale su di lui resta, almeno per ora, quanto di più arduo si possa immaginare e non è certamente possibile in questa sede nemmeno per sommari e approssimativi accenni. Dovrò limitarmi, quindi a qualche osservazione su di un punto sicuramente centrale nella riflessione di Schmitt, una riflessione la quale, ad onta di quello che ho ora finito di dire, presenta delle costanti che costituiscono il nocciolo duro della complessa sua personalità di studioso.

Una di queste costanti, e forse, la più importante fra tutte, la quale merita la massima attenzione e rispetto alla quale non tutti i problemi sono stati risolti, è sicuramente il profilo del rapporto fra politica e diritto.

Schmitt, è noto, è insieme un grande giurista e un grande politologo, ma più interessante ancora è che egli è un grande politologo perchè è un grande giurista, e viceversa. Con ciò non voglio soltanto dire, che nelle sue illuminanti indagini politologiche egli si serve largamente e proficuamente di rigorose analisi giuridiche (si veda, per esempio, la classificazione dei tipi di stato), così come i suoi ragionamenti giuridici non prescindono mai da solide premesse politologiche; voglio mettere in rilievo un fatto

più importante, e fecondo di vastissime conseguenze, e cioè l'essenzialità, per Schmitt, del rapporto fra diritto e politica. In Schmitt, diritto e politica non sono due entità autonome e irriducibili l'una all'altra, ma due fenomeni, o ordini di fenomeni, indissolubilmente connessi; e, per come io la vedo, il filo conduttore dell'intera opera di questo studioso sta forse proprio nella convinzione di questa connessione (se è esatto definirla soltanto connessione) e nel tentativo di usarla più o meno consapevolmente e intenzionalmente come chiave di interpretazione della storia (sviluppo e crisi) dello stato moderno <sup>(1)</sup>.

Sarà vero (forse) che Schmitt sbaglia in questa sua convinzione, sarà vero (forse) che egli non riesce a dimostrare la connessione e non riesce (è un'ipotesi) a iscrivere nel cerchio della sua interpretazione gli eventi e le ideologie in cui si sostanzia l'intera vicenda di questo stato, ma tutto ciò non ha nulla a che vedere con il fatto che per Schmitt le cose stanno proprio così, che egli cioè non è soltanto uno studioso che indaga tanto sullo stato come fatto politico quanto sullo stato come fatto giuridico, ma uno studioso che ha come regola metodologica fondamentale di studiare la vita e la storia dello stato moderno come intreccio e sintesi di politica e diritto <sup>(2)</sup>.

Che cosa, in particolare, significhi per Schmitt questa embriazione di diritto e politica non è facile stabilire, ma che l'embriazione sia essenziale per lui e che tutto il suo pensiero ruoti intorno ad essa non mi pare si possa negare.

Non bisogna dimenticare che Schmitt ha dietro di sé la grande tradizione della scienza giuridica tedesca alla quale si deve la costruzione dello stato come istituto, o complesso di istituti giuridici, o, più stringentemente ancora, si deve la riduzione dello stato a diritto. Ora il punto da cui occorre partire è che egli non rinnega affatto questa tradizione, anzi in un certo senso si

---

<sup>(1)</sup> Lo sforzo di C. Schmitt di conciliare la teoria giuridica dello stato con i risultati della comprensione scientifica della politica (che però egli considera come un tentativo perdente) è messo in luce da G. Miglio nella *Presentazione* della silloge italiana di scritti politici di Schmitt pubblicata con il titolo *Le categorie del «politico»*, Bologna, 1972.

<sup>(2)</sup> Cfr. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del «politico»*, cit., 272 sgg.

pone come continuatore di essa: sotto questo profilo egli è giurista, anzi grande giurista. Non voglio dire che continui a pensare lo stato come fatto primieramente giuridico; ma indubbiamente, questa giuridicità dello stato è per lui un presupposto indiscutibile. Il problema, per lui, non è di rifiutare o superare la giuridicità dello stato, ma di integrarla e di rinnovarla, fermando quel processo di invecchiamento e di disfacimento della concezione giuridica dello stato che era cominciato già nell'ottocento e continuava ora con quella che si conviene chiamare la crisi dello stato.

Due ordini di eventi soprattutto erano, per Schmitt, all'origine dell'indebolimento e della obsolescenza di questa concezione. Anzitutto, provenendo dall'interno stessa di essa, il disseccamento, per così dire, e la devitalizzazione della medesima operata dalle propaggini estreme del formalismo, del legalitarismo e del positivismo di tipo kelseniano: fase in cui la dottrina giuridica arriva all'assurdo di negare in astratto, in nome della purezza del diritto, quel rapporto fra diritto e politica il quale è invece la concreta e positiva ragione d'essere della stessa negazione (come Schmitt stesso ha, in più di un punto della sua opera, messo in luce). In secondo luogo, l'attacco esterno alla detta concezione da parte di tutte le idee pluralistiche (pluralismo politico, economico, sociale etc.) e neutralistiche (sotto l'aspetto politico) tendenti a rompere il monopolio dello stato ed a mettere per ciò in discussione non solo l'assetto politico di esso, ma anzitutto e soprattutto l'assetto giuridico in cui la spinta politica si era acquietata e conformata: è evidente che, o negando addirittura il momento politico o portando la politica al di fuori dello stato, si rendeva la costruzione giuridica dello stato più esangue ed inutile che mai.

Schmitt non vuole dunque combattere la classica concezione giuridica dello stato, ma solo la sua degenerazione e la sua impotenza. Ciò che può esser fatto, secondo lui, riproponendo con vigore il rapporto diritto-politica e revitalizzando la concezione giuridica dello stato mediante una più energica sottolineatura dell'elemento politico. Con Schmitt una gloriosa epoca di pensiero giuridico si chiude, ma non già nel senso che viene meno la possibilità e la voglia di connotare lo stato come fatto giuridico, ma nel senso che in questa concezione e in questo assetto irrompe, con la forza originaria di un evento naturale, l'elemento

politico. A mio sommosso avviso, se c'è in Schmitt abbondanza di nuovo e di suggestivo, quello che forse costituisce uno degli apporti più originali da lui dati, non voglio azzardarmi a dire alla conoscenza *politica* dello stato (l'esame di questo aspetto compete ai politologi), ma alla conoscenza *giuridica* dello stato, è questa riproposizione insistita e appassionata della necessità di reintrodurre (consapevolmente e dichiaratamente, perchè nella realtà non era mai mancata) la politica nel diritto, di riconoscere che il secondo ha la sua radice, la sua fonte di alimentazione, il suo metro di giudizio nella prima. È certamente esatto quanto è stato osservato a proposito dello sforzo di Schmitt di conciliare la teoria giuridica dello stato con i risultati della comprensione scientifica della politica, a patto che ciò s'intenda non già nel senso che Schmitt venga ad assumere una posizione di mediazione fra diritto e politica, che egli si faccia sostenitore di soluzioni conciliatorie, ma nel senso che egli si adoperi a ripoliticizzare il diritto, ad « iniettare » in esso quell'elemento politico che non avrebbe mai dovuto venir meno (e nella realtà non era mai venuto meno).

Non solo, dunque, in Schmitt diritto e politica sono inseparabili, ma questa inseparabilità si esprime e si realizza soprattutto nello stato: è lo stato il terreno di cultura della simbiosi politica-diritto.

Non che Schmitt non si renda conto della crisi dello stato e non si renda conto che questa crisi, a mano a mano che la storia si svolge ed egli procede nella osservazione di essa, è grave e progressiva. Specialmente nell'ultima fase dei suoi studi, egli ha precisato l'idea della « caducità » e « storicità » della forma stato; e dalla sua sempre maggiore attenzione per l'istituzionismo di Hauriou e di Romano non è certo esente il pensiero della necessità di non limitare il discorso sul diritto (e quindi sul rapporto fra diritto e politica) alla considerazione dello stato, ma la sostanza del suo pensiero, così come si è espresso nelle fasi centrali e più feconde della sua attività di studioso, è che diritto e politica sono fenomeni che riguardano (solo) lo stato e si risolvono compiutamente e definitivamente in esso. Si ricorderà la drastica affermazione della *Verfassungslehre*: « Il politico non può essere separato dallo stato — dall'unità politica di un popolo — e de-

politicizzare il diritto pubblico non significherebbe altro che de-statalizzare il diritto pubblico » (3), cosa per lui assolutamente impensabile.

2. Guardando le cose un pò più da vicino, per prima cosa Schmitt respinge nettamente l'idea di un diritto (di un diritto-stato, secondo quanto ho detto finora) senza politica.

Questa posizione è (per lui) soprattutto propria di quel complesso di vicende politiche, di ideologie, di dottrine giuridiche che è stato il bersaglio preferito della sua critica.

Ci riferiamo, è ovvio, alle vicende dello stato borghese di diritto ed alle ideologie e teorie proprie di esso, che Schmitt ha criticato in tutti i suoi aspetti e in tutti i suoi teorici (Kelsen in testa, ma molti altri ancora: Krabbe, Preuss, Wolzendorf etc.): prendendo di mira il suo (dello stato borghese di diritto) « ideale e sistema di una legalità rigorosa di tutta la vita dello stato » (4), la astrattezza del suo ordine normativo senza alcuna connessione con la concreta situazione attuale (5), la rottura del rapporto fra sociologia e giurisprudenza e il formalismo di questa giurisprudenza (6); il rifiuto del concetto di sovranità; l'exasperato positivismo negatore di ogni possibilità di riconduzione del diritto a valori esterni. Ma ha criticato soprattutto per la spoliticizzazione e neutralizzazione del diritto e dello stato che questo modello politico comportava con la sua « concezione di una legalità *neutrale, avalutativa e aqualificativa*, formalistica e funzionalistica *in quanto priva di contenuto* », con la sua totale eliminazione di tutto ciò che è « personale » (7).

In quella che è forse la più compiuta raffigurazione di questo modello (8), Schmitt riscontra nello stato moderno due elementi: l'*elemento dello stato di diritto*, riposante sul concetto e sul valore di libertà borghese (da questa idea-base, com'è noto, egli faceva derivare due principi: il principio dei diritti fondamentali, ten-

(3) *Dottrina della costituzione* (trad. it.); Milano, 1984, 171.

(4) *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del « politico »*, cit., 223 sgg.

(5) *Ivi*, 219.

(6) *Teologia politica*, in *Le categorie del « politico »*, cit., 43 sgg.

(7) *Legalità e legittimità*, cit., 230.

(8) *Dottrina della costituzione*, cit., 171 sgg., e 265 sgg.

denzialmente illimitati, di fronte allo stato; il principio organizzativo della divisione dei poteri — che serve all'attuazione del principio precedente — per cui il potere statale, in linea di principio limitato, è diviso e racchiuso in un sistema di competenze circoscritte) e l'*elemento politico*, cioè lo scopo e il contenuto dello stato. Dal punto di vista dell'elemento dello stato borghese, lo stato appare come il servitore rigidamente controllato della società; esso è soggetto ad un sistema chiuso di norme giuridiche ovvero è semplicemente identificato con questo sistema di norme, dimodochè esso non è altro che norma o procedimento. « In realtà (però) lo stato di diritto, malgrado ogni giuridicità e normatività, rimane pure sempre uno stato e perciò contiene sempre oltre l'elemento specifico dello stato di diritto, anche quello specificamente politico ». Raffigurazione dello stato borghese di diritto, in cui, da una parte, è chiaro quale è per Schmitt l'ideologia tipica di un diritto (stato) senza politica, dell'altro si rivela l'assoluta inscindibilità, in fatto e nonostante ogni pregiudizio ideologico, di diritto e politica.

Matrice teoretica di questo modello era, per lo studioso, l'antica negazione liberale dello stato; condizione strutturale (struttura politica e socio-economica), la distinzione fra stato e società. Da una parte, cioè, il vecchio e concreto stato monarchico, burocratico e militare, e, dall'altra, la società libera e produttiva <sup>(9)</sup>: la situazione dualistica da cui prese l'avvio la storia costituzionale del sec. XIX e dalla quale derivò che si potesse concepire l'esistenza simultanea e, diciamo così, « cooperativa » di uno stato senza diritto (estraneo cioè al nuovo diritto delle assemblee rappresentative e costituito e governato da strumenti adeguati a rapporti di soggezione personale: la *Verordnung*, appunto) e di un diritto senza stato (il diritto — il *Gesetz* — espresso dal corpo legislativo rappresentativo, concepito suggestivamente da Schmitt non come un organo del vecchio stato, ma come « un teatro nel quale la società appariva ed affrontava lo stato » <sup>(10)</sup> o come una sorta di ponte attraverso cui la società doveva integrarsi nello stato (e lo stato in esso). Il successivo corso dell'esperienza poli-

<sup>(9)</sup> *Il custode della costituzione* (trad. it.), Milano, 1981, 115 sgg.

<sup>(10)</sup> *Ivi*, 117.

tica vide prima il regresso e poi la scomparsa dello stato monarchico, burocratico e militare e con esso dei principi e dei valori politici che gli erano propri (a cominciare dal pathos de la *gloire* e dell'*honneur*, al quale, nota ironicamente Schmitt, non seppe rinunciare nemmeno lo stato amministrativo prussiano di Federico il Grande) <sup>(11)</sup>, il tutto a beneficio dello stato borghese di diritto, dello stato legislativo, apparentemente privo appunto di ogni politicità, ma mero « e giusto produttore di obiettivo diritto, con il suo saggio e incorruttibile legislatore e con la sua sempre buona e giusta *volonté générale* » <sup>(12)</sup>.

Il fatto è che la vittoria della nuova società sul vecchio stato si è rivelata come una vittoria di Pirro, nel senso che il modello della società borghese di diritto si è inabissato anch'esso, travolto da quella che Schmitt chiama « l'autoorganizzazione della società » <sup>(13)</sup>, in cui tutte le separazioni ed antitesi come stato ed economia, stato e cultura, stato e società perdono ogni significato: « la società divenuta stato è uno stato dell'economia, della cultura, dell'assistenza, della beneficenza e della previdenza: lo stato abbraccia tutto il sociale, cioè tutto quanto concerne la convivenza umana. La società che si organizza da sè in stato passa dallo stato neutrale del liberale sec. XIX ad uno stato potenzialmente totale » <sup>(14)</sup>. Che ciò porti, per Schmitt, alla crisi delle istituzioni nate nel diverso ambiente dello stato borghese di diritto, ed in particolare del Parlamento, è noto, ma non è questo che mi preme mettere in rilievo. Mi preme rilevare come l'esame di tale situazione — che è poi in particolare la situazione di Weimar affrontata da Schmitt in questo che è uno dei suoi più celebri studi — porti lo scrittore ad affermare (o, per meglio dire, a riaffermare, del momento che di essa si era occupato, più o meno ampiamente e specificamente, in altre occasioni) la sua ostilità per i modelli di strutture spoliticizzate che si andavano diffondendo proponendosi come forme di soluzione delle difficoltà in cui si dibatteva lo stato moderno.

---

<sup>(11)</sup> *Legalità e legittimità*, cit., 217.

<sup>(12)</sup> *Op. loc.* ora cit.

<sup>(13)</sup> *Il custode della costituzione*, cit., 123.

<sup>(14)</sup> *Il custode della costituzione*, cit., 124.

Nel suo *Il custode della Costituzione*, Schmitt analizza e respinge, — a favore dell'idea di fare del Presidente della Repubblica l'organo, capace di porsi come un potere neutro e intermediario ma dotato insieme di capacità e forza di assumere delle decisioni politiche — i rimedi alla crisi dello stato consistenti nella proposta di varare una costituzione economica (in sostanza, di creare una sorta di stato corporativo) e nei tentativi di organizzare uno stato politicamente neutrale nei confronti dei partiti (o trovando nella burocrazia il contrappeso agli effetti dissolventi dello stato dei partiti; o fondando lo stato neutrale sulla giurisdizione; o costruendo una sorta di stato apolitico, in cui le decisioni politiche siano demandate agli specialisti dei singoli settori, specialmente ai tecnici amministrativi, finanziari o economici). Tentativi, come si vede, molto diversi ma accomunati dall'idea di neutralizzare e depoliticizzare lo stato, di dar vita ad una sorta di oggettività non-politica, la quale prenda, per così dire, il posto e le funzioni del sistema giuridico formalista e positivista e come questo aveva tenuto lontana dallo stato la politica (inizialmente bloccando i tentativi di reazione e di restaurazione del vecchio stato), comprima oggi e regoli gli anarchismi politici i quali, in mancanza di un autentico spirito politico (che è spirito di unità politica) stanno producendo la dissoluzione dello stato (15).

Nel libro ora ricordato, Schmitt riunisce e critica tutte insieme le idee di depoliticizzazione, ma contro di esse aveva combattuto, si può dire, in tutta la sua vita di studioso.

Ne *Il concetto di « politico »* aveva criticato — soprattutto per la loro carica antistatalista, ma sostanzialmente per l'intento di depoliticizzazione che le animava — le teorie pluraliste di Cole e Laski e dei sindacalisti in genere, le quali si basavano sulla esperienza dei sindacati e delle chiese e si accompagnavano spesso, come in Duguit, alla constatazione della morte dello stato (16).

Ne *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni*, elencando i centri di riferimento della civiltà europea nei secoli dal XVI in poi, dopo di aver riconosciuto in questo secolo il dominio della teologia, nel sec. XVII il dominio della metafisica, e nel

(15) *Op. cit.*, 149 sgg.

(16) *Il concetto di « politico »*, cit., 124 sgg.

sec. XVIII quello dell'illuminismo (Aufklärung), Schmitt raffigurava il sec. XIX come il secolo dell'economia (e non del romanticismo, che egli concepiva in modo particolare come si dirà appresso) e cioè della generale economicizzazione della vita spirituale e di prevalenza di una struttura dello spirito che trovava le categorie centrali dell'esistenza umana nella produzione e nel consumo, ed imputava allo stato di quell'epoca di essersi spossessato, a vantaggio dell'autonomia dei rapporti economici, delle più importanti decisioni politiche (che erano appunto quelle riguardanti questi rapporti) e di aver così rinunciato alla sua pretesa al comando, ponendosi come stato neutrale ed agnostico e ravvisando la legittimazione della sua esistenza proprio in questa sua neutralità.

Il XX secolo è, per Schmitt, il secolo della tecnica, che si pone oramai come vero e proprio centro di riferimento (mentre invece nell'800 essa era al servizio dell'economia). Anche l'evidenza della fede nella tecnica dipende dal fatto che si è potuto credere di aver trovato in questa un terreno assolutamente e definitivamente neutrale. La critica di Schmitt è ovvia. La tecnica è solo uno strumento e può servire a molti usi, quindi non è effettivamente neutrale: « la tecnica resta ... culturalmente cieca » (17). Di un particolare settore ed apparato tecnico Schmitt aveva predicato (e criticato) specificamente la neutralità (18): la burocrazia, anch'essa disponibile a servire ad orientamenti politici diversi o addirittura opposti fra di loro, pur se egli ammetteva che la burocrazia potesse diventare, nel concorso di alcuni elementi (la stabilità di un ceto professionale, l'affidamento della tutela di interessi pubblici, il corredo di alcune qualità, come l'incorruttibilità, l'istruzione, il senso del dovere) qualcosa di più di un mero apparato strumentale e riconosceva questa condizione nella burocrazia professionale tedesca del sec. XIX in cui vedeva un fattore elitistico della vita statale tedesca.

Una efficace sintesi della costante e spietata critica di Schmitt contro questo tipo di depoliticizzazione del diritto e dello Stato

---

(17) *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del « politico »*, cit., 167.

(18) *Legalità e legittimità*, cit., 220.

è racchiusa nel seguente brano della *Teologia politica*: « Oggi non vi è nulla di più moderno della lotta contro la politica. Finanziari americani, tecnici industriali, socialisti marxisti e rivoluzionari anarco-sindacalisti si uniscono nel richiedere che venga messo da parte il dominio non obiettivo della politica sulla obiettività della vita economica. Oramai devono esistere solo compiti tecnico-organizzativi e sociologico-economici, ma non problemi politici. Il tipo oggi dominante di pensiero tecnico-economico non consente più nemmeno di percepire un'idea politica. Lo stato moderno sembra esser diventato davvero ciò che Max Weber vide in esso: una grande fabbrica ... Se l'elemento politico si muta qui in quello economico-tecnico-organizzativo, allo stesso modo esso si stempera nel dialogo eterno delle categorie generali della filosofia della cultura e della storia che, con caratterizzazioni estetiche, contraddistinguono un'epoca come classica, romantica e barocca. In entrambi i casi è venuto meno il nucleo dell'idea politica, l'orgogliosa decisione morale » (19).

3. Quanto si è esposto fin qui delle idee di Schmitt può forse contribuire a risolvere uno dei problemi che più hanno angustiato e angustiano gli studiosi del nostro pensatore: quali ragioni abbiano portato Schmitt ad aderire al nazional-socialismo. Non voglio — e non spetta a me — dare una risposta completa a questa domanda, esaminare a fondo il problema stesso. Fenomeni come questo, per essere compresi, richiedono la conoscenza e l'analisi di meccanismi psicologici, di connessioni sociali, di rapporti personali etc., che sono estranei al mio argomento. Io vorrei invece restare sul piano del discorso fin qui fatto, utilizzando ciò che da esso finora è venuto fuori per cercare di illuminare almeno qualche aspetto di questo singolare episodio della vita di Schmitt.

Per conto mio, per intender meglio le cose, forse bisogna rovesciare il punto di vista fin qui assunto e considerare che non è esatto che Schmitt sia andato al nazismo. È accaduto il contrario: è il nazismo che è andato da Schmitt. La formula è certo paradossale, ma può essere agevolmente, e spero convincentemente, spiegata.

---

(19) *Teologia politica*, cit., 84.

Come abbiamo visto, Schmitt aveva criticato da anni, se non da sempre, e sicuramente nel periodo di Weimar, l'avulsione del diritto dalla politica in tutte le forme in cui si era manifestata: sia nella forma dell'astrattismo e del positivismo, fine a sè stesso, dello stato di diritto e dei suoi ideologi, sia nelle forme varie che avevano assunto storicamente i tentativi più recenti di depoliticizzazione e di neutralizzazione dello stato, alcuni dei quali (anche) presentati come rimedi alla crisi del parlamento e delle istituzioni in genere, nel passaggio dallo « stato liberale » allo « stato totale » del XX secolo. Per Schmitt la separazione di diritto e politica era impossibile e l'idea di rimediare alla crisi dello stato muovendosi nella direzione di un contenimento « tecnico » della invasione minacciosa del pluralismo e della policrazia era un errore. Il metodo era, infatti destinato a condurre non all'indebolimento di questi fenomeni, ma al loro rafforzamento, mancando una « carica politica » che vi si contrapponesse; il solo rimedio stava, al contrario, nella riaffermazione vigorosa dell'unità politica e nella valorizzazione di quelle istituzioni più idonee a presentarsi e a funzionare quali strumenti di decisione politica, di direzione unitaria (il Presidente della Repubblica appunto).

Con questo bagaglio di convinzioni, di preferenze e di ostilità, è del tutto naturale che Schmitt vedesse favorevolmente quella violenta irruzione della politica nelle strutture statali di cui il nazionalismo e in genere i fascismi si erano fatti sostenitori e la vedeva favorevolmente in entrambi gli aspetti principali che essa aveva assunto o andava assumendo (mi riferisco sempre, s'intende, al terreno politico): per il nuovo modo di concepire il rapporto fra regola giuridica e scopo politico, il quale superava definitivamente il formalismo ancora dominante (emergeva, finalmente, nella pratica, quel problema dell'attuazione del diritto che, per Schmitt, era passato in seconda linea o era stato totalmente trascurato rispetto al problema della produzione del diritto) <sup>(20)</sup>; per l'adeguamento e la valorizzazione delle strutture idonee alla assunzione ed imposizione delle decisioni politiche nel senso pieno

---

<sup>(20)</sup> *Ivi*, 43 sgg.

e proprio delle parole. Che la affermazione di queste idee fosse idonea a provocare non il miglioramento e l'emenda dello stato parlamentare democratico, ma l'eliminazione di esso e la sua sostituzione con uno stato di dittatura e che anche queste idee funzionassero da piani inclinati per il passaggio dall'una epoca all'altra, si comprese subito e non ci voleva molto a comprenderlo. Ma qui non si vuol fare il processo a Schmitt. Si vuol rilevare che è esatto quanto è stato già osservato, che cioè gli interventi di Schmitt nel periodo nazista si pongono in piena « continuità e sviluppo con le sue analisi precedenti » <sup>(21)</sup>: in realtà, in quanto il nazismo si poneva come valorizzatore della politica, il nostro studioso aveva ragione di vedervi (anche) rispecchiate le proprie idee.

Ma c'è un altro profilo del rapporto fra Schmitt e il nazismo che forse è ancora più significativo.

Tutta la dottrina giuridica dello stato liberale di diritto, tutta la grande dottrina tedesca da Laband a Kelsen (e, se non tutta, la parte assolutamente dominante di essa, quella appunto che ha costruito il concetto giuridico di stato o, se si preferisce, lo stato come istituto giuridico) ha ragionato come se lo stato — l'organizzazione pubblica — fosse una entità a sè stante, galleggiante in virtù delle sue stesse forze sopra i continenti e gli oceani della vita sociale, obbediente a regole proprie ed autosufficienti; una struttura formale, neutrale, imparziale, diretta a mantenere le condizioni di conservazione e di sviluppo della società, ma assolutamente impermeabile e refrattaria alle idee e agli interessi di essa. La regola d'ora di questa dottrina — che Kelsen ha solo portato agli estremi ed esplicitato, ma non ha inventato — è la « purezza » del sistema giuridico, una purezza esistente, anche e soprattutto, nei confronti dell'assetto politico che lo esprime e ne è conformato.

---

<sup>(21)</sup> F. LANCHESTER, *C. Schmitt: un giurista scomodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 153 sgg. Il problema è, si ripete, delicato. Fuorviante, circa il rapporto fra fascismo e C. Schmitt, è sicuramente il tentativo di fare di questi un consapevole disgregatore della democrazia e un assertore convinto di idee dittatoriali; cfr., ad esempio, K. D. BRACHER, *Il novecento secolo delle ideologie*, Bari, 1984, 136, 157 etc.

Ora, se c'è un merito (un merito scientifico di potrebbe dire, se fosse possibile ironizzare su queste cose) dei fascismi è di aver bruscamente dissolto questa rappresentazione dello stato, dimostrato l'irrealtà di questa « favola » di cui la dottrina pre-fascismo si era compiaciuta e di avere rivelato « di che lacrime grondi e di che sangue » la vita dello stato e del diritto. I fascismi hanno messo gli studiosi di diritto pubblico, che hanno voluto intendere la lezione, di fronte alla realtà di un assetto che, comunque si presenti e qualunque insegna inalberi, è sempre espressione di certe idee e di certi interessi, così come sono fatti valere da certe forze politiche. La pluralità degli interessi e delle idee, la complessità e varietà delle loro connessioni, così come la varietà e possibilità di combinazioni delle forze politiche moltiplicano all'infinito le forme e le figure che può assumere questo assetto e i suoi rapporti con le forze sociali e le ideologie politiche. Ma i fascismi hanno definitivamente chiarito che lo stato non è un'entità formale e neutrale, bensì un essere corposo e partigiano e che il problema della scienza del diritto pubblico non è di negare questa corposità, bensì di comprenderla (nei suoi esatti e complessi significati) e di contenerla in relazione ai valori interni o esterni al sistema (compresi ovviamente i valori morali).

Sotto questo profilo, il caso di Schmitt si apparenta al caso di Mortati, il cui realismo si è formato anch'esso al contatto dell'esperienza fascista che egli aveva sottocchio. Mortati (il quale, si ricordi, nelle sue riflessioni demistificatorie delle ideologie formaliste, è partito proprio dall'analisi dell'ordinamento del governo nel nuovo regime) ha certo potuto giovare dell'azione di rottura compiuta da Schmitt (e da Smend) così come Schmitt, a sua volta, si è giovato del dibattito degli anni di Weimar, che hanno visto una consistente parte della dottrina tedesca in accesa polemica con il positivismo o il kelsenismo e, soprattutto, hanno visto collocarsi al centro dell'interesse (nella vita politica e nell'ordine degli studi) i problemi della costituzione e del rapporto di questa con le idealità e i programmi delle forze politiche (proprio per la natura « compromissoria » della costituzione di Weimar) <sup>(22)</sup>, ma non c'è dubbio che è stato il nazismo a lacerare i

---

<sup>(22)</sup> F. LANCHESTER, *op. loc. cit.*

residui veli del formalismo e a mettere veramente a nudo la « persona reale dello stato », ponendo a disposizione di Schmitt (e di Mortati) la effettività e la prova della esperienza.

4. Tornando al nostro discorso, se Schmitt respinge l'idea di un diritto senza politica, respinge altrettanto energicamente l'idea di una politica senza diritto (dove diritto, secondo la formula che è stata sopra enunciata, significa diritto-stato).

È vero che la antitesi amico-nemico, alla quale secondo Schmitt è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, facendone così l'essenza della categoria della politicità, sembra superare l'ambito dello stato e che questo ampliamento della categoria della politicità, com'è stato rilevato, è il prodotto della crisi dei valori avvertita dallo studioso e del divario che egli veniva sempre più constatando fra utopia del diritto e realtà della politica.

Nessun dubbio che Schmitt avvertisse tale crisi, ma nessun dubbio anche su ciò che la crisi venisse fatta consistere da lui proprio nell'abbandono dell'unità politica (e quindi dell'unità giuridica) e che il riconoscimento dell'esistenza della crisi non gli impedisse di riaffermare il valore e la necessità di quella unità.

Proprio nello scritto dedicato al concetto di « politico », la delineazione della categoria del « politico » come categoria avente al centro la distinzione amico-nemico è accompagnata vuoi dalla più decisa affermazione che la distinzione esiste e diventa concreta e operante in relazione allo stato ed alla volontà politica di esso (« è lo stato come unità politica organizzata che avoca a sè la decisione sull'amico-nemico ») <sup>(23)</sup>, vuoi dalla critica specifica alle teorie pluraliste dei sindacalisti e dei sostenitori della morte dello stato e dalla più generale, e sempre ritornante, polemica contro il pensiero liberale del sec. XIX in quanto « si muove entro una polarità tipica e sempre rinnovantesi di due sfere eterogenee, quelle cioè di etica ed economia, spirito e commercio, cultura e proprietà », che tagliano fuori lo stato e, sottoponendo quindi stato e politica ad una « moralità individualistica e perciò giurisprivatistica », praticamente sviluppano una politica senza

---

<sup>(23)</sup> *Il concetto di « politico », cit., 112.*

stato (in questo « momento » di accesa polemica, lo stato « di diritto » diventa per lui stato « di diritto privato »!) (24).

Se nell'ultimo e nell'ultimissimo periodo della sua produzione Schmitt sembra riconoscere « la storicità » e « la relatività » dello Stato e se sembra attribuire proprio a questa consapevolezza il valore di punto di partenza di una « nuova fase di riflessione sulla politicità » (25), si tratta di riconoscimenti e di attribuzioni che vengono fatti a denti stretti e nell'ambito di un quadro di convinzioni decisamente svalutative non solo delle realtà presenti, ma degli stessi metodi con cui idee ed ideologie si affermano.

Per Schmitt le moderne opinioni intorno al diritto ed alla legalità si adeguano alla rapidità del progresso scientifico-tecnico-industriale: ciò significa la legittimità del nuovo in quanto tale, che non rispetta nulla e valorizza ogni cosa e significa (egli ripete una frase di Mignet a proposito della rivoluzione francese) che « tout ce qui est ancien est ennemi » (26). Allora: o si riconosce a questo modo di vedere le caratteristiche del « pensiero distruttivo », per usare una espressione dello stesso Schmitt, e il pensiero di questo scrittore non può certo considerarsi distruttivo, oppure si deve ammettere che c'è un nucleo duro del suo pensiero — cui appartiene l'idea dello stato come insostituibile forma dell'unità politica e giuridica — il quale resta intatto nonostante le ammissioni e « i pentimenti » più recenti. Certamente, bisogna mettere Schmitt fra i teorici della crisi dello stato moderno, delle forme di questa crisi e delle sue cause (il mutato rapporto fra stato e società con la autorganizzazione della società; la conservazione in una situazione così diversa delle istituzioni classiche della democrazia legislativa; l'astrattismo e la vuota positività di questa democrazia e dei suoi teorici), ma il suo atteggiamento non è quello di colui che ricerca valori e legittimi assetti totalmente nuovi a rimedio della crisi, ma quello di chi, tenendo sempre fede ai vecchi valori, si limita a constatare dove ha portato l'abbandono e il tradimento di essi (27).

(24) *Ivi*, 155.

(25) G. MIGLIO, *Presentazione*, cit., 12.

(26) C. SCHMITT, *Premessa* all'edizione italiana de *Le categorie del « politico »*, cit.

(27) Si veda per il punto M. TRONTI, *Soggetti, crisi, potere*, Bologna, 1980, 74.

Se tutto questo è vero, è evidente che il rifiuto, di cui ho parlato a lungo più sopra, di legittimare le ricorrenti iniziative di spolticizzazione e di neutralizzazione, in tutte le forme da esse assunte, perchè espressive di un impossibile diritto (stato) senza politica, risulta rafforzato, per Schmitt, per il fatto che esse iniziative sono parimenti espressive di una impossibile politica senza diritto (stato).

Si tratta di fenomeni che, comunque si presentino ideologicamente, collocano la politica al di fuori dello stato e quindi scardinano in entrambe le direzioni l'inscindibile unità di stato e politica. Solo apparentemente le spolticizzazioni significano invero superamento ed esclusione della politica: in realtà, esse vogliono soltanto sostituire una politica (la politica della burocrazia, della policrazia o del pluralismo, dell'economia o della tecnica ecc.) all'altra (la politica dello stato), vale a dire una cattiva politica ad una buona e, se si può dire, una politica « senza politica » ad una politica autentica. Non va dimenticato che per Schmitt è dal superamento della « barbarie » medievale e delle guerre di religione che si sviluppa l'ordine politico, lo stato sovrano, l'*imperium rationis*: « Politica, polizia e *politesse* diventano il singolare tiro a tre del progresso moderno, in contrapposizione al fanatismo ecclesiastico e all'anarchia feudale e, in breve, alla barbarie medioevale »<sup>(28)</sup>: il ritorno di un pluralismo feudale è necessariamente visto da Schmitt, come abbandono dello stato e rinuncia alla politica.

5. Se per Schmitt politica e diritto sono inscindibili, lo strumento che realizza ed esprime questa inscindibilità è la decisione politica, che è insieme un fatto politico e un fatto giuridico.

È attraverso la decisione politica che si manifesta il valore della politicità ed è attraverso di essa che nasce e si alimenta

---

<sup>(28)</sup> La frase, in cui viene condensata tutta una linea di pensiero e sintetizzate le più importanti direzioni di sviluppo della vita politica e sociale del seicento e del settecento è contenuta in quel singolare libro che è *Amleto o Ecuba*, trad. it., Bologna, 1983, 113 sgg. (*Excursus* II). Analogo orientamento, pur con forti differenze marginali, in E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industrie - Gesellschaft*, München, 1971, II sgg. Circa il ruolo della *politesse*, v. ora, ELIAS, *La società di corte*, trad. it., Bologna, 1982.

l'assetto giuridico. La decisione politica ha nel sistema di Schmitt un ruolo fondamentale, è il concetto cardine del suo pensiero, un concetto costante se è vero che egli cominciò a parlare di decisione già nel suo primo scritto penalistico <sup>(29)</sup> e se ne è occupato fino agli ultimi anni della sua attività scientifica. (Si sa che Schmitt conosce un altro tipo di decisione, la decisione amministrativa, di cui si sostanzia lo stato amministrativo, la quale costituisce però, per quanto si comprende, una categoria ben diversa dalle decisioni politiche, perchè, a differenza di queste, non è espressione di comando autoritario e volontà personale, cioè di autonomia politica, essendo assunta solo in base allo stato delle cose — « le cose si amministrano da sole » — con riferimento ad una situazione concreta e per finalità pratiche) <sup>(30)</sup>.

Il guaio è che il nostro studioso, se ha sempre parlato di decisione politica a proposito degli argomenti più vari, non ha mai dedicato al concetto una apposita riflessione. Tutti gli scritti di Schmitt ruotano intorno al concetto di decisione, nessuno se ne occupa espressamente ed esaurientemente. D'altra parte, mi pare di poter dire (però con un grave timore di sbagliare, perchè confesso di non conoscere se non una piccola parte della vastissima letteratura su di lui) che manchi, in questa letteratura, un'analisi specifica ed approfondita del concetto, analisi tanto più necessaria in quanto mi pare che Schmitt non detti una nozione precisa ed univoca di decisione politica, ma lasci anzi il concetto in una sorta di fluidità, che complica le cose per chi si accosti al pensiero di lui e soprattutto per chi voglia rendersi conto proprio del rapporto fra politica e diritto.

Che cosa intende Schmitt per decisione (politica)? Non è il caso qui di ampliare l'indagine e di formulare e scrutinare tutte le ipotesi che la fluidità, in cui egli lascia il concetto, consente (la decisione è, per lui, un fatto storico, una idea-forza, una entità reale o un « momento » emblematico? è un fatto istantaneo o un processo? e le domande si potrebbero moltiplicare). Dal nostro

---

<sup>(29)</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.*, 153 sgg.

<sup>(30)</sup> *Legalità e legittimità*, cit., 212. Del concetto di decisione amministrativa e di stato amministrativo in Schmitt mi sono occupato in altro scritto con lo stesso titolo, in corso di pubblicazione.

punto di vista (e cioè per comprendere il rapporto fra politica e diritto), mi pare che l'importante sia solo chiedersi che cosa qualifichi come decisione un fatto storico, quale sia l'essenza individualizzante della decisione. In concreto, il problema è: la decisione politica è un comando, anzi « il comando »: o è qualche altra cosa?

Schmitt non ha mai chiarito questo punto (anche se nei suoi scritti prevalgono gli elementi a favore di una soluzione diversa), anzi vi sono nella sua opera brani esplicitamente contraddittori. In *Legalità e legittimità*, in cui pone la distinzione fra stato legislativo, stato giurisdizionale e stato governativo o amministrativo, si afferma che lo stato governativo e lo stato amministrativo (con notevoli differenze fra di loro) riconoscono il massimo valore giuridico positivo alla decisione come disposizione prontamente applicabile (« il meglio al mondo è un comando »): lo stato governativo in particolare ha il suo tratto caratteristico nella volontà personale e nel comando autoritario di un capo <sup>(31)</sup>. Ne *I tre tipi di pensiero giuridico*, è, invece, detto chiaramente « Per il giurista del tipo decisionista, la fonte di tutto il diritto, cioè di tutte le norme e gli ordinamenti successivi, non è il comando in quanto comando, ma l'autorità o la sovranità di una *decisione* finale che viene presa insieme con il comando » <sup>(32)</sup>.

Li, la decisione è un *comando*, qui il comando è invece soltanto lo strumento (di estrinsecazione e attuazione) della decisione, la quale è invece vista, mi pare, come *scelta*. Per Schmitt, dunque, la decisione è un comando o una scelta (sia pure legittimata e resa effettiva dal comando o basata sul comando o attuata mediante il comando)?

A favore della prima soluzione vi sono molti elementi. Schmitt insiste continuamente sul ruolo della volontà. La decisione politica per lui è soprattutto (espressione di) *volontà politica* e di pari passo con il riferimento a questa volontà politica è la rivendicazione della *natura personale* della decisione. La polemica di Schmitt contro il formalismo e il positivismo dei teorici e degli ideologi del normatismo si svolge anche attraverso la condanna

---

<sup>(31)</sup> *Op. cit.*, 216.

<sup>(32)</sup> *Op. cit.*, 216.

delle pretese di questi ultimi di dar vita ad un diritto impersonale e obiettivo con totale eliminazione di tutto ciò che è personale (la critica è rivolta soprattutto a Kelsen) e l'affermazione della necessità di rivalutare invece l'elemento personale, da cui proviene e di cui si nutre la decisione politica. Il ruolo significativo sempre attribuito da Schmitt allo stato di eccezione, come situazione che rende palese in assoluta purezza la decisione liberandola da ogni vincolo normativo, dà senz'alcun dubbio rilievo tale all'elemento formale della decisione ed all'essenza volontaristica del pensiero di Schmitt da far passare in seconda linea e far ritenere soltanto eventuale ogni altro elemento. Nello stato di eccezione si ricrea quella situazione primigenia che faceva scrivere ad Hobbes che « auctoritas, non veritas facit legem »<sup>(33)</sup>.

Se si considerano altre posizioni ed affermazioni di Schmitt, alle quali forse va riconosciuta prevalenza per il valore che rivestono nell'economia del pensiero dello studioso, l'elemento caratterizzante la decisione appare invece la *scelta* (cioè, la preferenza « decisiva » ed effettiva accordata in un conflitto di idee o di interessi, ad una idea, un interesse, un valore); dal versante volontaristico si passa ad un versante intellettualistico. Importante — « decisivo », per impiegare la stessa terminologia schmittiana — non è solo che si voglia, o ma che si voglia qualcosa e quindi *che cosa* si voglia.

Particolarmente significativo in questa direzione è il libro sul romanticismo politico, che sembra, a prima vista, avere un'importanza marginale nella produzione scientifica di Schmitt ma che è invece di grande e centrale rilievo anche per le indicazioni che offre proprio a proposito della decisione politica<sup>(34)</sup>. La tesi che viene esposta nel libro è, come si sa, che non esiste e non può esistere un pensiero politico romantico. E non esiste perchè l'atteggiamento essenziale dei romantici verso i fatti politici è la passività. Il romantico è incapace di giudizi giuridici e politici e di decisioni in tal campo: Schmitt sottolinea in vari punti la incapacità del romantico di assumere decisioni politiche<sup>(35)</sup>. Il

<sup>(33)</sup> *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., 263. Sullo stato d'eccezione in Schmitt ora G. SCHWABB, *C. Schmitt. La sfida dell'eccezione*, trad. it., Bari, 1986.

<sup>(34)</sup> *Romanticismo politico*, trad. it., Milano, 1981, 159 sgg.

<sup>(35)</sup> *Ivi*, 138, 178, 184 etc.

sentimento del mondo e della vita proprio dei romantici è compatibile con disparate condizioni politiche e con teorie filosofiche anche fra loro contraddittorie. Si vede subito, da questo rapido riassunto, come, per Schmitt, in questa parte della sua opera, l'essenza della decisione politica sia il giudizio politico, la scelta politica, quella scelta appunto che per il romantico è impossibile.

Di eguale importanza, a questo riguardo, è la stessa delinea-zione della categoria del politico, come distinzione (o contrapposizione) amico-nemico. Questa distinzione, in concreto, è operata mediante una decisione politica. Per Schmitt, si sa, è lo stato come unità politica organizzata che avoca a sè la decisione sull'amico-nemico. Ma la decisione politica non è una decisione muta o cieca: si diventa o si è proclamati nemici perchè si hanno idee, o idealità, o interessi diversi da quelli che, per mezzo dell'unità politica, si vogliono far valere, perchè si esprimono giudizi politici diversi da quelli affermati come esatti. Se la categoria del politico è una categoria meramente formale, perchè, come Schmitt tiene a sottolineare, « non indica un settore concreto particolare ma solo *il grado di intensità* di un'associazione o dissociazione di uomini, quali che siano i motivi da cui esse sono ispirate », è vero anche che « il politico » trae la sua forza e il suo contenuto dai più diversi settori della vita umana, da convinzioni religiose, economiche, morali o di altro tipo <sup>(36)</sup>.

Essenziale, dunque, è la contrapposizione di giudizi, di scelte, di valori. Quali che essi siano, è la scelta fra di loro che permea la decisione politica e la rende tale.

Anche ne *I tre tipi di pensiero giuridico* c'è un brano estremamente rivelatore sotto questo punto di vista. Discorrendo del tipo di pensiero decisionistico, Schmitt osserva che questo tipo è particolarmente diffuso fra i giuristi, poichè la scienza del diritto ha la tendenza a cogliere tutte le questioni giuridiche solo dal punto di vista di un caso conflittuale e di porsi come preparatrice della decisione giudiziale intorno al conflitto medesimo. Le norme e le regole, con le quali ha a che fare la fondazione giuridica scientifica della decisione, diventano in tal modo semplici punti di vista per pronunciare decisioni intorno a conflitti,

---

<sup>(36)</sup> *Il concetto di « politico »*, cit., 120 sgg.

materiale di prova di tipo giuridico-scientifico, per fondare le decisioni giudiziali <sup>(37)</sup>. L'assimilazione della decisione politica alla decisione giudiziale, che non è pura volontà (mero comando), ma volontà motivata, e che anzi Schmitt stesso presenta come scelta fra più soluzioni (scelta non arbitraria, ma scaturente da un'analisi del diritto vigente e, noi aggiungeremmo, da una attenta ricostruzione dei fatti) indica verso quale nozione di decisione politica vadano le preferenze di Schmitt.

Sotto questo profilo, importante è per lui che la decisione politica presupponga un ordine (di norme, di fatti, di valori, « di scelte » già fatte) in cui si incardina. Su questo punto, Schmitt insiste efficacemente sottolineando e contrapponendo al decisionismo, per così dire, « dei tempi normali », il decisionismo puro di Hobbes. Per Hobbes tutto il diritto, tutte le norme e le leggi, tutte le interpretazioni di legge, tutti gli ordinamenti sono decisioni del sovrano: ma questa sovranità di decisione scaturisce da un nulla normativo e da un disordine completo, per cui la decisione ha anche il valore e la funzione dell'instaurazione di un ordine <sup>(38)</sup>. Il che ovviamente non accade in periodi di normalità, in cui la decisione interviene nel quadro di un ordine e spesso si cela addirittura in esso, presentandosi il più di frequente commista con le norme e rivelandosi nella sua autonomia solo nel caso di eccezione. L'ordine cui Schmitt fa riferimento, va detto subito, non è solo l'ordine giuridico, ma è l'ordine sociale e morale, è l'assetto definito della società, definito non soltanto nei suoi connotati « positivi », ma anche nei suoi valori politici e morali. Che tale sia il concetto di ordine per il nostro studioso si desume nettissimo dal rifiuto della separazione fra sociologia e giurisprudenza <sup>(39)</sup> (affermata dal positivismo imperante) e, più in generale, della critica di tale positivismo e della ingenua convinzione di esso che i valori della obiettività, validità, inviolabilità, sicurezza e prevedibilità di cui l'assetto politico del XIX secolo si vantava, fossero meri predicati del sistema legale, mentre invece scaturivano dalla stabilità interna della stessa società

---

<sup>(37)</sup> *Ivi*, 265.

<sup>(38)</sup> *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., 264.

<sup>(39)</sup> *Teologia politica*, cit., 44 sgg.

(di cui peraltro non si coglievano le già forti spinte di trasformazione). Collegandosi ad un ordine preesistente per svilupparlo e attualizzarlo, la decisione politica si rivela come « il nucleo dell'idea politica, l'orgogliosa decisione morale » (40); proprio attraverso lo strumento della decisione si compie così quel ritorno ai valori di cui Schmitt si faceva fautore contro il positivismo (il diritto vale perché vale).

Se questo è vero, dunque, non ci possono essere dubbi sul fatto che per il nostro studioso, se affiorano elementi a favore di un diverso significato di decisione politica, il significato che meglio si inquadra nel complesso delle sue idee è quello della decisione come scelta, come adozione di un indirizzo fra i tanti possibili o meglio ancora come affermazione (attuazione e invero) di un valore.

6. Posto che la decisione politica realizza l'inscindibilità fra diritto e politica, esiste poi il problema di stabilire che cosa nella decisione politica sia diritto e che cosa sia politica o, per dirla in altro modo, in quale momento e in quale modo si passi, nella decisione politica, dalla politica al diritto o, più in generale, dal non giuridico al giuridico della decisione. Anche per questo punto, l'interpretazione del pensiero di Schmitt non offre vere e proprie certezze: non solo egli non precisa mai (o quasi) questi profili, ma quel che è peggio, il suo brillante discorso trascorre continuamente dagli aspetti giuridici agli aspetti politici degli argomenti, e viceversa, frammischiandoli e accorpandoli con estrema disinvoltura. Che questo metodo espositivo sia la riprova migliore della inscindibilità dei due momenti, è ovvio; e si può anche dire che la permanente presenza della considerazione politica nelle riflessioni di Schmitt, sia di per sé stessa idonea a rafforzare l'idea della « politicità » del diritto, cioè della composità e « sostanzialità » di esso in contrapposizione netta con le posizioni formalistiche. Ma non diventa meno grave la difficoltà di rispondere agli interrogativi che si sono ora posti. C'è invero in Schmitt qualche affermazione, la quale può lasciar pensare che egli riduca a ben poca cosa la specificità giuridica della decisione. Nella

---

(40) *Ivi*, 85 sgg.

*Teologia politica* per esempio (apparentemente con riferimento allo stato di eccezione, ma svolgendo in realtà un discorso più generale) egli afferma che lo specifico della vita giuridica è *chi prende la decisione*; per la realtà di questa vita, ciò che importa è *chi decide* (41). Se si prendessero queste parole alla lettera, dovrebbe riconoscersi l'esistenza di una distinzione, quanto alla decisione, fra il contenuto della stessa (che apparterebbe al mondo della politica) e la competenza ad assumerla (che appartiene al mondo del diritto). Ma già in questa stessa parte della sua opera si vede come egli, pur relegando il diritto nel campo della forma, sia tutt'altro che disposto a dare al concetto di forma la stessa ampiezza e lo stesso significato che gli danno i giuristi positivisti, permanente oggetto della sua critica, « La forma giuridica, egli nota, non ha la vuotezza aprioristica della forma trascendente, poichè essa nasce proprio dalla concretezza giuridica. Essa non è neppure la forma della precisione tecnica, poichè questa risponde ad un interesse finalizzato essenzialmente fattuale, impersonale. Essa infine non è neppure la forma della creazione estetica che non conosce alcuna decisione » (42). La concretezza giuridica di cui egli parla collega dunque la forma al contenuto, tanto più che essa non può che essere la concretezza dell'ordine complessivo che regge la comunità.

A smentire l'idea di un significato così riduttivo per Schmitt dello specifico giuridico della decisione politica sta però proprio il fatto che, per lui, la decisione politica non nasce nel vuoto, ma scaturisce da un ordine preesistente. La decisione politica, ho già detto, è una scelta in un quadro di fatti, di norme e di valori già dati, i quali la rendono ammissibile e la orientano. Il diritto tocca quindi e riguarda anche il contenuto della decisione, perchè l'ordine in cui questa prende posto è, come s'è visto, insieme un ordine giuridico e una struttura speciale (43). Sotto questo profilo, è certamente degna di nota l'importanza che le idee istituzioniste hanno assunto nel pensiero di Schmitt a partire dallo scritto *I tre tipi di pensiero giuridico*, mentre egli

---

(41) *Teologia politica*, cit., 58.

(42) *Ivi*, 59 sgg.

(43) *Ivi*, 63 sgg.

prima conosceva e classificava due soli tipi di pensiero giuridico (il normativistico e il decisionista); questa importanza è stata opportunamente segnalata da Mortati <sup>(44)</sup>, il quale ha rilevato come Schmitt tragga dal pensiero istituzionista sia l'idea che la giuridicità della norma non è data dal suo mero essere posta ma dalla sua fattualità ad effettività in un ordinamento concreto sia, soprattutto, l'idea che, normalmente, la decisione opera come elemento di una struttura sociale e quale fonte del suo sviluppo <sup>(45)</sup>. C'è da dire però che Schmitt si distacca nettamente da un certo istituzionismo, come dire eccessivamente positivistico e meccanicistico, la decisione politica non essendo per lui il prodotto necessitato della struttura esistente. Due profili sembrano in proposito significativi. Egli, a più riprese, rivendica, esplicitamente o implicitamente, il contenuto di novità che la decisione apporta rispetto al precedente ordine: l'idea che lo stato possa essere ridotto al ruolo di mero araldo di un diritto che si forma prima e al di fuori del suo intervento è criticata aspramente <sup>(46)</sup>. D'altra parte, se è vero che egli nega che la giuridicità consista soltanto nella conformità a legge (nell'essere qualcosa posta in conformità alla legge), i canoni che accetta, della fattualità ed effettività della norma in un ordinamento concreto, non sono da lui intesi in senso piatto e ristretto, apparendo per Schmitt rilevanti ed anzi decisivi i valori di giustizia cui la decisione singola e tutto l'ordinamento debbono ispirarsi.

Riconosciuto che la decisione politica opera, per ripetere la espressione di Mortati, come « elemento di una struttura sociale e come fonte del suo sviluppo », non si hanno però elementi per precisare nè come e quando si realizzi il passaggio dall'impulso politico alla valenza giuridica, nè come e in che modo la valenza giuridica spieghi effetto sul sostrato da cui è partito lo stimolo, in quali momenti cioè si operi la trasformazione del politico in

<sup>(44)</sup> C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in questa *Rivista*, 1973, 511.

<sup>(45)</sup> C. MORTATI, *ivi*. Analoghe valutazioni, a proposito di Schmitt, il giurista italiano aveva espresso in *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, 55 sgg. e in *Costituzione (dottrine generali)*, voce dell'*Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, 161.

<sup>(46)</sup> *Teologia politica*, cit., 50.

giuridico e la ritrasformazione del giuridico in politico; e quali nessi e quali metodi di influenza si stabiliscano fra i due « momenti », e nella singola decisione politica e, quel che è più importante, nella intera trama delle decisioni politiche. Questo aspetto resta in Schmitt abbastanza misterioso e proprio, da una parte, il carattere di novità e creatività della decisione politica, dall'altra il riferimento ai valori di giustizia accentuano l'oscurità del tema.

7. Queste caratteristiche (e questi limiti) del pensiero di Schmitt risaltano ovviamente ancor di più ove si consideri la dottrina della costituzione di questo scrittore, posto che la costituzione, per un verso, è la decisione politica fondamentale, anzi, più che una decisione unica o ad oggetto unico, è un coacervo di decisioni politiche o una decisione complessa, specificando essa la natura e i connotati della unità politica cioè disciplinando più profili di questa (e fra l'altro non è chiaro quale sia esattamente l'ambito delle scelte definibili come fondamentali, in questa materia: si veda quanto scrive Schmitt a proposito della costituzione di Weimar <sup>(47)</sup>). Il decisionismo politico e giuridico di Schmitt culmina nella considerazione della costituzione come decisione politica, ma si porta appresso anzi ritrova ingranditi i problemi che la decisione politica in genere solleva.

È sintomatico come l'interesse per la costituzione accomuni il grande giurista tedesco — che, per quanto riguarda gli studi italiani di diritto pubblico, è però più attento alle idee di Romano che a quelle di Mortati <sup>(48)</sup> — a quest'ultimo studioso, e come molto simili siano, per Schmitt e Mortati, le cause di questo interesse, anche se per Schmitt opera anche uno stimolo particolare (l'interpretazione e l'attuazione della costituzione weimariana): da una parte, la reazione alle dottrine positiviste e formaliste, la quale proprio nella rivendicazione dell'importanza politica e della effettività della costituzione trova una delle sue armi più forti: dall'altra, la necessità di ottenere che il sistema giuridico (e anche qui il ruolo della costituzione è fondamentale) padro-

---

<sup>(47)</sup> *Dottrina della costituzione*, cit., 42 sgg.

<sup>(48)</sup> Cfr. per esempio, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., 260 sgg.

neggi le nuove e profonde trasformazioni delle società, che i due giuristi parimenti rilevano.

Schmitt — sulla scia di Smend <sup>(49)</sup> — compie un'attenta analisi del concetto di costituzione prospettando varie classificazioni da diversi punti di vista, ma il concetto che qui interessa è il concetto assoluto (che, secondo l'idea già prospettata da Smend, si contrappone al concetto relativo, il quale indica null'altro che una serie di leggi fatte in un determinato modo) e positivo di costituzione. Costituzione è *la decisione politica fondamentale* del titolare del potere costituente, la quale è anteriore ad ogni normazione. Essa determina (« costituisce ») la forma e la specie dell'unità politica, la cui esistenza è presupposta. Non è che l'unità politica — avverte infatti Schmitt — si formi proprio perchè « è data una costituzione »; la costituzione in senso positivo contiene soltanto la determinazione consapevole della forma speciale complessiva per la quale l'unità politica si decide.

In vari scritti, Mortati ha indicato le aporie e le incertezze di questa nozione di costituzione ed a questi scritti si può rinviare <sup>(50)</sup>, ma la maggiore di queste aporie e incertezze sta proprio nel non definito rapporto fra sostrato politico sociale e assetto giuridico.

È sicuramente merito di Schmitt di avere messo in netto rilievo la necessità di ricercare la base dell'ordine giuridico in una concezione politica fondamentale, contrapponendosi così frontalmente al positivismo formalista, ma l'affermazione resta priva di sviluppi ed ha solo un prezioso valore di anticipazione, se:

— da una parte, non si chiarisce il rapporto fra la concezione politica fondamentale e il concreto assetto ed ordine della società;

— dall'altra, non si conosce quale valore giuridico abbia (e conservi) questa concezione politica fondamentale (e il concreto assetto e ordine della società da cui scaturisce) una volta che lo stato « costituente » si sia trasformato in « stato costituito ».

Orbene, su entrambi i due punti mancano analisi e soluzioni

---

<sup>(49)</sup> Sul rapporto fra il pensiero dei due studiosi (Schmitt e Smend), C. MORTATI, *Costituzione* (voce), cit., 161. Il contributo originale di R. Smend nello studio teoretico della costituzione è riconosciuto da C. Schmitt nella *Dottrina della costituzione*, cit., 20.

<sup>(50)</sup> Cfr. gli scritti citati alle note 42 e 43.

appaganti. Per ciò che riguarda il primo punto, certo Schmitt non considera la decisione politica fondamentale avulsa dal detto assetto, così come nessuna decisione politica (abbiamo visto) lo è: il principio politico affermato, sotto un profilo, è il prodotto di una concreta dinamica sociale, sotto un altro si pone, proprio attraverso la costituzione, come spinta e regola di questa dinamica. Ma tutto questo resta astratto e generico ed invece andrebbero chiariti più da vicino i nessi fra questi due elementi tanto più in vista della soluzione del secondo problema che resta il problema fondamentale: la natura e la consistenza del rapporto che s'impiana fra concreto assetto della società raccolta ed ordinata intorno al criterio politico base, e sistema giuridico positivo fondato sulla costituzione formale.

Ma questo rapporto non è chiarito da Schmitt, nel quale a ben guardare anzi un rapporto vero e proprio non c'è: o, meglio, vi è un rapporto di derivazione e di causazione, non un rapporto sincronico e permanente.

La decisione politica fondamentale in cui si sostanzia la costituzione assoluto-positiva, e che *costituisce*, è vero, *la forma e la specie della unità politica*, ha certo natura sia politica e giuridica, ma essa non è mai le due cose insieme: è politica fino a tanto che non è trasfusa nella costituzione e, quando lo è, non è più politica ma solo giuridica. Il fatto è che non bisogna confondere la costituzione assoluto-positiva di Schmitt con la costituzione materiale di Mortati (se pure accomuna entrambi la natura «totalitaria» della Costituzione ed il radicamento di essa e della sua effettività in un assetto politico-sociale, di cui è espressione e stimolo). La prima è una determinazione consapevole della forma speciale complessiva per la quale l'unità politica si decide (qualche volta Schmitt però sembra non richiedere la consapevolezza e autonomia della scelta) e quindi praticamente si presenta come il nucleo fondamentale della costituzione formale<sup>(51)</sup>: la normatività di questa costituzione è una normatività positiva e il concreto assetto e ordine della società resta estraneo a tale normatività (se non perchè fonda e giustifica l'effettività di essa).

---

<sup>(51)</sup> *Dottrina della costituzione*, cit., 38 sgg. (vedi, per esempio, quanto scrive a proposito della costituzione di Weimar).

La costituzione materiale è, invece, per Mortati l'ordine fondamentale intrinseco ad una società, un ordine diverso da quello disegnato dalla costituzione formale e anteriore ad esso: per lui, « la società da cui emerge ed a cui si collega ogni particolare formazione statale possiede una sua intrinseca normatività quale è appunto data dal suo ordinarsi intorno a forze e fini politici: questa normatività è diversa da quella propria del sistema delle norme derivate (Costituzione formale), sia per la mancanza di forme precostituite di normazione, sia per la diversità del contenuto delle norme: ciò perchè essa non opera una specifica predeterminazione di comportamento, ma si limita ad enucleare interessi associativi che si impongono come scopi dell'azione statale » (52). Donde il fitto intrecciarsi di rapporti fra le due entità (società ordinata intorno a forze e fini politici: costituzione materiale; e apparato statale: costituzione formale) e la varietà di forme e modi di rilevanza giuridica della costituzione materiale rispetto alla costituzione formale (per l'interpretazione e l'integrazione del sistema delle norme; per l'identificazione della forma di stato; per la fissazione dei limiti di modificazione della costituzione ecc.). Dato il suo concetto di costituzione positiva, quest'ordine di problemi è ignoto a Schmitt.

Diremo che Mortati è più attento di Schmitt al fenomeno? In un certo senso, questo è vero. Ma diremo pure che Mortati abbia risolto in modo definitivo, o almeno soddisfacente, il rapporto fra politica e diritto in quella decisione politica fondamentale (o complesso di decisioni politiche fondamentali) che è la costituzione, un rapporto rimasto in bozzolo nella dottrina di Schmitt? Ciò sarebbe forse eccessivo. Quella di Mortati è solo una proposta — una proposta esemplare nel metodo e stimolante nel contenuto — la quale può suscitare ed ha suscitato molte perplessità (anche perchè forse, occorre riconoscere, non è mai stata, nè dai giuristi nè dai politici, analizzata con l'attenzione che meritava (53).

(52) È la definizione che ne dà Mortati nella voce dell'Enciclopedia del diritto, sopra citata, 162.

(53) È il rammarico già da me espresso in *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1710.

La determinazione della linea di frontiera fra diritto e politica (ammesso che proprio di una *linea* si tratti e non di una *zona* ambigua e oscura in cui avviene — per gradi — la mutazione dall'uno all'altro stato) era e resta uno dei compiti più difficili delle scienze giuridiche e di quelle politiche (che debbono ritenersi accomunate nel compito immane). Continuando negli interrogativi, è sicuro che in Mortati la giuridicizzazione non si sia spinta tanto oltre nel terreno politico da raffreddare da una parte la dinamica politica e da svalutare eccessivamente, dall'altra, i dati formali dell'assetto giuridico a scapito della certezza di esso? La questione non può esser qui studiata. Ma, una volta posto questo interrogativo, diventa legittimo affacciarne subito un altro. Constatata la possibilità (anche solo eventuale) di squilibri e di pericoli per effetto di giuridicizzazioni troppo accentuate, non sarà allora giustificato attribuire a Schmitt il merito di essersene tenuto distante, riconoscendo, sì, la derivazione del diritto dalla politica (dalla scelta politica), ma mantenendo ferma e distinta — da buon discendente della scuola giuridica classica — l'autonomia di questa scelta: la politica si fa diritto, ma resta sempre politica la fonte di alimentazione di esso? Inscindibilità non significherebbe confusione. È questa la lezione, una lezione sempre valida, di Schmitt? Se si risponde di sì, bisogna dire che, per questa parte, la differenza fra lui e Mortati sta in ciò: che Mortati è un giurista che tiene largo conto dell'elemento politico per « acquisirlo » al diritto, Schmitt uno studioso di politica che vede nel diritto l'attuazione e il concretamento della politica, non il superamento e l'assorbimento di essa nel giuridico. Ma forse — e il discorso va qui necessariamente concluso — ciò che accumuna i due giuristi è tanto più forte e importante di ciò che li divide: l'essenza e l'originalità delle dottrine di entrambi consistono nel tentativo eguale, anche se ciascuno lo sviluppa a suo modo, di legare la normatività della costituzione alla volontà politica ed alla idoneità (idoneità non teorizzata o postulata, ma pretesa e vissuta) di questa a porsi come principio vitale e fonte di ordine effettivo, e sempre rinnovantesi, della vita della comunità.



LORENZO ORNAGHI

## LO STATO E IL POLITICO DELL'ETÀ 'MODERNA'

In ricordo di Carl Schmitt a un anno dalla morte

1. È assai significativo che le numerose celebrazioni di Carl Schmitt nell'occasione della sua scomparsa si siano lasciate prendere quasi tutte (qui in Italia, almeno) dall'ansia di procedere a una rapida 'storicizzazione' dell'opera del grande giurista tedesco. E non è per nulla singolare, a ben vedere, che gli affannosi tentativi di ricondurre il pensiero di Schmitt entro i confini del suo tempo abbiano finito soltanto col riattizzare le braci di una disputa oziosa e fuorviante (fu Schmitt giurista o politologo?), lasciando invece ai margini il vero e irrisolto dilemma — il rapporto, intendo, fra 'Stato' e 'politico' — attorno a cui si arrovellò grandissima parte della riflessione teorica del giurista di Plettenberg. Ancora una volta, le ricorrenti tentazioni — così tipiche della cultura politica italiana — a voler identificare ogni teoria con l'ideologia (e a valutare quest'ultima, poi, in rapporto alla sua capacità di legittimazione dell'assetto statale) si sono ambiguamente e non casualmente combinate, in un'ibrida mistura, con le concezioni di chi, non essendosi accorto delle trasformazioni in atto da ormai lungo tempo nelle teorie dello Stato e della società, ostinatamente continua a professare la propria fede nella validità di classificazioni e delimitazioni disciplinari vetero-positivistiche: quelle stesse classificazioni e delimitazioni, cioè, che già furono prese a bersaglio dalle ben accoccate frecce di Schmitt e — con lui, e prima di lui — di una nutrita schiera dei più valenti fra i giuristi e politologi dell'Europa del primo Novecento.

Eppure, se non si riesce a comprendere che l'analisi del rapporto fra 'Stato' e 'politico' costituisce l'elemento di maggior coerenza della riflessione schmittiana, non si può capire fino in

fondo né la novità della teoria politica di Schmitt, né il ruolo svolto da essa nell'accelerare il lungo e travagliato passaggio dalle tradizionali dottrine dello Stato ad un'autonoma scienza del 'politico'. D'altronde, quando si trascurasse la straordinaria rilevanza di questo problematico rapporto fra Stato e politico, ancor meno ci si potrebbe poi rendere conto del perché una simile teoria, se in apparenza sembra segnare la spaccatura più profonda fra diritto e politica, in realtà rappresenti uno dei tentativi più raffinati e disperati per salvaguardare il primato di quell'unità 'politico-giuridica' alla cui ricerca sembra essersi protesa invano la 'moderna' forma di ordinamento della convivenza umana.

2. Da *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* del 1914 a *Der Begriff des Politischen* del 1927 (passando — e conta qui ricordarli, perché non sono certamente di secondaria importanza al fine di ricostruire il nesso schmittiano fra 'Stato' e 'politico' — per saggi quali *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* e *Römischer Katholizismus und politische Form* del 1923, *Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff* del 1924, *Zu Friedrich Meineckes «Idee der Staatsräson»* e *Um das Schicksal des Politischen* del 1926) <sup>(1)</sup>, in Schmitt è nettissima la consapevolezza che le 'vecchie' dottrine dello Stato non sono più sufficienti per spiegare scientificamente (e per controllare razionalmente, inserendoli in un sistema simmetrico di procedure convenute) i mutamenti strutturali da cui è stata investita la forma statale di organizzazione del potere.

La conseguenza più immediata di questi mutamenti è resa visibile dal rapido sgretolarsi dell'immagine di Stato alla cui

---

(1) Per il repertorio degli scritti del giurista tedesco, il rinvio più agevole è ora alla bibliografia apposta a C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e di P. Schiera, Bologna 1984 (rispetto alla prima edizione del 1972 l'elenco delle opere schmittiane risulta infatti integrato in alcuni punti, oltre che arricchito con l'indicazione degli scritti e delle traduzioni posteriori a quella data). Per le principali notizie sull'itinerario intellettuale e politico di Carl Schmitt, si vedano G. SCHWAB, *The Challenge of the Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlin 1970 (tr. it. con una nuova prefazione: Bari 1986) e, in particolare, J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt, theorist for the Reich*, Princeton 1983.

forgiatura avevano atteso, con lavoro tenace e paziente, generazioni intere di giuristi tedeschi. La consunzione di un'idea di Stato che, per poter dispiegare i caratteri della propria 'impersonalità' e 'sovranità', deve essere fittiziamente inteso come *Selbstzweck*, non soltanto spiega la crescente difficoltà di trasporre all'interno del diritto pubblico i concetti propri della tradizionale *Staatslehre*, ma è anche alle origini della crisi di ogni dottrina 'generale' dello Stato.

Non per caso, per le nuove « tendenze scientifiche » della teoria del diritto pubblico — è lo stesso Schmitt a notarlo — il punto di partenza obbligato sembra essere costituito dalla « radicale negazione di tutti i concetti generali » (2). Difatti, a mano a mano che il funzionamento concreto delle istituzioni statali lascia intravedere, dietro il paravento ideologico della 'generalità' dello Stato, un'azione sempre più (e sempre più necessariamente) 'parziale', i concetti fondamentali delle scienze giuridiche si svuotano e si deformano, fino a mostrare — non di rado — la loro natura di *fictiones*. Nel contempo, a misura in cui la forza residua delle vecchie dottrine dello Stato viene rimessa alla loro capacità di evocazione più che a quella di spiegazione, i 'nuovi' concetti generali di una scienza dello Stato (giacché — è ancora Schmitt ad osservarlo — non esiste scienza senza concetti generali) (3) non possono più essere formulati se non a partire da un'analisi effettuale di quelle trasformazioni storiche

---

(2) C. SCHMITT, *I caratteri essenziali dello Stato nazionalsocialista*, in *Gli Stati europei a partito politico unico*, a cura del Circolo giuridico di Milano, Milano 1936, p. 37.

(3) *Ivi*, pp. 37-38. Peraltro, dopo aver osservato che « pel problema del diritto pubblico, a me sembra necessaria e fruttuosa una critica scientifica su alcuni concetti generali tradizionali », Schmitt aggiungeva: « In particolare la precedente 'dottrina generale dello Stato' coi suoi concetti astratti di Stato, Capo dello Stato, costituzione, legislativo ed esecutivo, ecc., era essenzialmente una generalizzazione di ciò che sembrava evidente al Costituzionalismo del secolo XIX. Coll'aiuto di tali generalizzazioni i concetti di una determinata epoca o d'una determinata situazione politica si crearono un valore assoluto per ogni tempo e per ogni popolo. Essi sembrano nel loro aspetto eterni, o almeno, se io posso dire così, concetti relativamente eterni. (...) Tali concetti generali e le dottrine e i sistemi generali, su di essi costruiti, sono cospicui esempi di ciò che Vilfredo Pareto chiama 'residui' ».

che, chiamando simultaneamente in causa la 'positività' del diritto e la sua 'mutabilità', impongono ormai una concezione originale del rapporto fra il politico e lo Stato.

Peraltro, dietro il dissolversi dell'immagine di Stato disegnata dai giuristi, vi è la crisi *reale* dello Stato, la quale è — innanzi tutto — crisi della possibilità stessa di un'organizzazione unica (ed esclusiva) del potere politico. In questo senso, il declino del *Rechtsstaat* non comporta soltanto una mutazione del rapporto fra diritto e politica, né può essere rallentato da una sorta di rivalsa del primo sulla seconda nella forma (sempre più diffusa) dell'amministrazione. Al dissolversi della figura del *Rechtsstaat*, infatti, quel che si profila con chiarezza è la contraddittorietà — ormai incomponibile, perché troppo elevata — fra gli elementi considerati 'costitutivi' dell'ordinamento statale del potere: è, in sostanza, la manifestazione conclusiva di una congenita e mai risolta 'ambivalenza', dalla quale è contrassegnata l'intera esperienza storica dell'unità politico-giuridica moderna. Ed è proprio dall'accertamento di questa ambivalenza che ogni dottrina generale dello Stato non solo non può più pretendere di esaurire in sé la teoria politica, ma deve anche ammettere la realtà di quella 'scienza' che, mirando all'individuazione dei criteri specifici ed autonomi del politico, è da considerarsi come 'scienza del politico' diversa e distinta dalle scienze (giuridiche) dello Stato.

3. Nella « Presentazione » del 1972 a *Le categorie del 'politico'* (l'opera che di lì a qualche anno, e per ragioni ancora tutte da scrutare, avrebbe determinato le sorti della straordinaria fortuna italiana di Schmitt), Gianfranco Miglio chiariva come non poche delle cautele e delle riserve manifestate dal giurista tedesco nel trarre le logiche e inevitabili conseguenze della sua teoria dipendessero da una evidente « riluttanza ad intendere lo 'Stato moderno' come una soltanto delle manifestazioni della politicità, come realtà storicamente limitata, transeunte » (4). E, ancora prima

---

(4) G. MIGLIO, *Presentazione* a C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 9. Quanto alle ragioni della rapida, imprevista e (per molti) sospetta 'fortuna' di Schmitt nell'Italia degli anni Settanta, non bastano certo a spiegarle gli approcci della micro-sociologia della cultura: anche perché, se è grossolano (oltre

di sottolineare che il riconoscimento della 'storicità' (e quindi della 'relatività') dello Stato assume « il valore di punto di partenza della "nuova fase di riflessione" sulla 'politicalità' »<sup>(5)</sup>, Miglio ebbe così ad osservare, alzando il velo sulla natura 'ambivalente' della forma statale di organizzazione del potere: « Lo 'Stato moderno' ha, per così dire, due anime: è una manifestazione della 'politicalità', e, contemporaneamente, è un 'ordinamento giuridico'. Quali sono i rapporti fra queste due istanze, e quanta parte del destino dello Stato dipende da quei rapporti? »<sup>(6)</sup>.

che concettualmente erroneo) attribuire alla teoria schmittiana una funzione di 'mascheramento' delle difficoltà e di talune contraddizioni del marxismo italiano, restano ancora da chiarire e l'attenzione riservata a Schmitt dai nostri giuristi degli anni Trenta e il non casuale silenzio che ne ha per lungo tempo preceduto l'improvvisa 'riscoperta' (cfr. però, a questo proposito, C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978)*. *Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », IX (1979), pp. 81-160 e A. CAMPI, *Sulla fortuna italiana di Carl Schmitt. Una bibliografia: 1924-1984*, in « La Nottola », III (1984), n. 3, pp. 55-78). Personalmente sono convinto che la fortuna italiana di Schmitt riesca ancora a sorprendere e impensierire solo chi, scordando gli svolgimenti continuamente interconnessi del pensiero giuridico e di quello politico, non può chiedersi perché Bodda, Crosa e Mortati, Volpicelli, Cantimori e Battaglia (per evocare solo alcuni fra i nomi più noti) già si trovassero a riflettere sulla 'novità' della teoria schmittiana all'interno delle dottrine giuridiche e politiche europee. Placatesi definitivamente le ormai stanche diatribe sull'accoglienza italiana al 'conservatorismo' (o 'reazionarismo') schmittiano, credo che il vero nodo da sciogliere — rispetto alle vicende più recenti della nostra cultura politica — sia quello relativo ai 'fini' (e agli 'ideali di servizio') a cui ha creduto giusto sobbarcarsi una parte degli studi politici: anche perché, ho l'impressione, solo sciogliendo un tale nodo si potrà poi far luce sui rapporti di funzionalità fra certe forme di 'autarchia' culturale e talune posizioni di 'egemonia' politico-intellettuale.

<sup>(5)</sup> G. MIGLIO, *Presentazione*, cit., p. 12; proprio perché — lo nota lo stesso G. MIGLIO, *Oltre Schmitt, in La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, a cura di G. Duso, Venezia 1981, p. 42 — « nel momento in cui lo Stato diviene incapace di catturare ed orientare verso ulteriori sintesi le tensioni che lo scuotono, l'identità tra Stato e politica si spezza: lo Stato perde il monopolio della politica e la politica si manifesta secondo modi e contenuti che si collocano al di fuori di ogni possibile ricomposizione in una forma statale ».

<sup>(6)</sup> G. MIGLIO, *Presentazione*, cit., p. 10 (ma cfr. anche, dello stesso autore, *Guerra, pace, diritto. Una ipotesi generale sulle regolarità del ciclo politico*, in AA. VV., *Della guerra*, Venezia 1982, pp. 37-56).

È curioso (anche se nient'affatto inspiegabile) che la rilevanza del quesito sollevato da Miglio e la forza innovativa della soluzione da lui proposta — l' 'irriducibilità', cioè, del rapporto di obbligazione politica a quello di contratto-scambio (7) — non siano state colte sino in fondo dai molti che, sulle tracce di quell'ormai celebre « Presentazione », si sono intensamente dedicati in questi anni a sofisticate esegesi critico-filosofiche dell'intero *corpus* della elaborazione schmittiana. Ma è assai più strano, a dire il vero, che di fronte all'interrogativo siano arretrati non tanto i nuovi politologi (a cui la questione del rapporto fra politica e diritto, al pari di quella del 'tipo' dello Stato moderno, giungeva evidentemente del tutto aliena), quanto quei giuristi che, avendo alle spalle le annose dispute sulla figura dello 'Stato di diritto' (e quelle, assai più recenti e assai meno raffinate, sullo 'Stato sociale'), non sarebbero dovuti restare insensibili alla drastica riformulazione migliana del classico tema 'diritto-politica' anche se — l'eccezione è troppo rilevante per poterla scordare — Costantino Mortati, proprio sulle pagine di questi « Quaderni », intuì con prontezza le vaste conseguenze di una tale riformulazione, e, provandosi a rintuzzare il « concetto storico di Stato », difese con vigore una « configurazione più ampia » di Stato, la quale fosse in grado di ricondurre « ad esso ogni specie di ordinamento a fini generali » (8).

---

(7) La meccanica di questo « dualismo irriducibile » è illustrata in G. MIGLIO, *Le trasformazioni dell'attuale sistema economico*, in « Rivista italiana di scienza politica », VI (1976), n. 2, pp. 219-220, ed esaminata nel suo concreto funzionamento sia in *Le trasformazioni del concetto di rappresentanza*, in AA. VV., *La rappresentanza politica* (Materiali del Dipartimento di Politica Istituzioni Storia dell'Università di Bologna), Bologna 1985, pp. 1-25, sia in *La « sovranità limitata »*, in *Il pensiero strategico*, a cura di C. Jean, Milano 1985, pp. 381-433. Proprio l'analisi della 'irriducibilità' — e delle continue, storiche 'interferenze' — fra obbligazione politica e contratto-scambio, se da un lato non implica affatto una svalutazione del 'giuridico' (ché anzi, a mio parere, comporta l'esatto contrario, e cioè il riconoscimento 'positivo' della sua autonomia), dall'altro lato consente a Miglio di non arrestarsi di fronte alle 'trasformazioni' della moderna sintesi statale, e di procedere invece — diversamente da Schmitt — verso la formulazione di una teoria del 'ciclo politico'.

(8) Così C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuri-

Invero, non si esagera affatto, io credo, quando si sostiene che l'intricata e cruciale questione del rapporto fra lo Stato e il politico non soltanto segna la linea di confine lungo la quale si sono andate sempre più scomponendo (e non di rado contrapponendo) le scienze giuridiche del tardo Ottocento, ma rappresenta anche la fonte da cui han tratto vigore la massima parte delle 'nuove' discipline politico-sociali di questo secolo <sup>(9)</sup>.

La risonanza ideologica che è stata prodotta negli ultimi anni dal tema della cosiddetta crisi dello Stato moderno (e che si va ora estendendo, così almeno sembra, anche all'area culturale anglo-americana) rischia forse di farci perdere di vista il nesso strettissimo con cui un tale tema venne legato, sin dalle sue origini, a quello della crisi del politico moderno. Già sul finire dell'Ottocento, non per caso, il problema delle 'trasformazioni'

---

dico moderno », II (1973), p. 516, nota 5: solo in tal modo, infatti, poteva essere salvaguardato il presupposto che « è l'assetto politico sottostante allo Stato che opera come principio dinamico intrinseco all'ordinamento giuridico ». Ma lo stesso Mortati, in *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, pp. 228-230, aveva osservato: « Non solo quindi è da escludere che l'esistenza delle forze sociali governanti debba condurre a intendere lo Stato come oggetto della loro sovranità, ma è anche possibile conciliare la presenza delle medesime con l'ammissione della personalità e sovranità dello Stato stesso, poiché nulla osta a che le forze in parola si configurino come organi dell'entità statale, aventi solo l'esercizio della sovranità, non la titolarità, attribuibile invece a questa. Conseguenza di questo modo di intendere il rapporto delle forze politiche con l'ordine giuridico è il rigetto di ogni distacco fra il diritto e lo Stato, l'ammissione di una piena concomitanza fra l'uno e l'altro dei detti termini, nel senso sia di escludere la precedenza dell'uno sull'altro, sia di concepire necessariamente come giuridica ogni attività attribuibile allo Stato ».

(<sup>9</sup>) Tanto da apparire del tutto plausibile — almeno per il turno di tempo fra i due secoli — la tesi di M. FIORAVANTI, *Costituzione, governo e classe politica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XIV (1985), pp. 575-576, secondo cui « la scienza del diritto costituzionale è la scienza politica dell'età liberale, così come la nuova scienza politica è la dottrina della costituzione dell'età della crisi ». In tal senso, le analogie fra la dottrina di Gaetano Mosca e quella di Carl Schmitt sono davvero troppo numerose e troppo forti per poter essere casuali: anche se, va aggiunto, alla nuova scienza politica che persegue il fine « di rimettere in moto la 'naturale' dinamica costituzionale » (*ivi*, p. 574), subito s'affianca la scienza politica protesa a individuare i meccanismi di formazione e di mantenimento di una obbligazione politica non riducibile a quella storicamente rappresentata dalla moderna sintesi statale.

dello Stato lascia profilare immediatamente dietro di sé la questione — ben più ardua e complessa — della natura e dei fini del rapporto di obbligazione politica. Altrettanto non per caso, però, a mano a mano che l'equiparazione fra Stato e politico si rivela per quella che essa in effetti è (un'equivalenza — vale a dire — meramente ideologica, oltre che storicamente relativa), la ricerca dei meccanismi di aggregazione politica diventa il più poderoso degli strumenti con cui battere in breccia ogni residua pretesa di ' trascendenza ' (e ogni presunzione di ' atemporalità ') della forma statale di organizzazione del potere.

Gli anni Venti e Trenta, per quest'aspetto, appaiono davvero decisivi, giacché, se suggellano il processo di esaurimento dei compiuti ' sistemi ' concettuali dell'Ottocento, consacrano anche il consolidamento dell'età delle grandi ' relativizzazioni ' <sup>(10)</sup>.

4. È lo stesso Schmitt ad indicare con lucidità, nella « Premessa » all'edizione italiana di *Le categorie del ' politico '*, le conseguenze a cui ha condotto quell'età delle relativizzazioni da cui è stato scandito il processo di perdita da parte dell'Europa del « suo ruolo di centro della politica mondiale »: « La detronizzazione dell'Europa ha significato anche uno scuotimento di concetti specifici che erano stati elaborati dalle nazioni europee, attraverso faticosi processi di pensiero. Rientrano, fra questi, concetti propri della scienza del diritto come Stato e sovranità, costituzione e legge, legalità e legittimità. Essi sono il prodotto di una lunga simbiosi del pensiero teologico, filosofico e giuridico; appartengono, come componente essenziale, al razionalismo occidentale, culminano in un *Jus Publicum Europaeum* elaborato sistematicamente, e vanno a fondo con esso » <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Ed è in questa prospettiva, io credo, che andrebbero reconsiderati tanto l'antagonismo fra ' norma ' e ' decisione ' (un antagonismo forse più formale che sostanziale, e a cui si è fin qui annessa eccessiva importanza, col rischio di perdere di vista gli elementi comuni alla dottrina di Kelsen e a quella di Schmitt: sul fondamentale problema, ad esempio, della ' politicità ' della giurisdizione), quanto i molteplici e multiformi legami fra il sistema schmittiano e le altre elaborazioni dottrinali di quegli anni (non solo quelle di Smend o Heller, ma anche di Thoma, Giese, Anschütz).

<sup>(11)</sup> C. SCHMITT, *Premessa all'edizione italiana di Le categorie del ' politico '*,

Lo « scuotimento » di questi concetti, in effetto, se sanziona la fine di una lontana e irripetibile stagione in cui il pensiero teologico, quello filosofico e quello giuridico apparivano ancora in simbiosi, testimonia anche la chiusura di un'intera epoca. I concetti che fungevano da pilastri dei vecchi 'sistemi' si rivelano — appunto nella loro 'diversità' — concetti sempre più « classici »<sup>(12)</sup>; nel contempo, per l'incapacità — e forse l'impossibilità — di edificare sistemi 'nuovi', al pensiero sembra venir concesso soltanto il « piacere distruttivo »<sup>(13)</sup>, giacché gli è ormai negato il rischio (e il gusto) di quello creativo.

Oggi, a distanza di mezzo secolo e più da quei cruciali anni Venti e Trenta, non è difficile avvertire intorno a noi una diffusa insofferenza verso le forme di pensiero che, dopo aver distrutto o corrosivo alle fondamenta i 'sistemi' concettuali del passato, non sembrano aver aperto la strada alla costruzione di nuove teorie. E nemmeno è difficile accorgersi della sensazione di crescente disagio da cui vengono assaliti coloro che, guardando ai risultati conseguiti con l'impiego sempre più frequente degli strumenti storici (di storia delle idee e di storia degli istituti, in primo luogo), non riescono a fare meno di chiedersi se la potenza 'relativizzante' di simili risultati non costituisca il maggior ostacolo alla formulazione di nuovi 'dogmi'. (I segnali che preannunciano l'avvento di una nuova dogmatica forse non si percepiscono ancora con chiarezza; ma già se ne scorgono, a guardare con attenzione, i segni che ne rivelano — in molti, almeno — un acuto bisogno).

---

cit., p. 21. Su quest'aspetto della teoria schmittiana, e sui rapporti fra *Jus Publicum Europaeum* e razionalismo occidentale, si veda P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano 1982.

(12) C. SCHMITT, *Premessa all'edizione italiana*, cit., p. 21. Ma forse non è soltanto la loro 'diversità' a rendere classici questi concetti. Essi sono 'classici' perché corrispondono al bisogno di 'simmetria' dell'uomo moderno. E con questa loro 'classicità' (su cui giustamente ha fermato l'attenzione M. TRONTI, *Soggetti, crisi, potere*, Bologna 1980) prende finalmente corpo la possibilità di ricostruire la età moderna in modo (in apparenza) omogeneo e continuo, dandole un senso 'compiuto' pur a partire dall'esperienza 'parziale' (e storicamente relativa) dell'unità statale. Una fondazione antropologica della 'classicità', in tal senso, diventa davvero l'ultimo bastione per difendere la politicità del 'moderno' Stato.

(13) C. SCHMITT, *Premessa all'edizione italiana*, cit., p. 26.

Eppure, non appena ci si sforzi di comprendere a fondo le ragioni per cui si è proceduto con tanto fervore a 'storicizzare' la politicITÀ dello Stato (e per converso a ricercare — con una contrapposizione troppo netta per poter essere fortuita — i criteri autonomi e perenni del politico), subito balza agli occhi una serie impressionante di simmetrie fra questa nostra età di relativizzazioni e il torno di tempo dell'età moderna nel quale si consolida quell'ordinamento di poteri che continuiamo a denotare — comunemente ma sempre più stancamente e ambiguamente — come Stato (appunto) 'moderno' (14).

---

(14) Sull'uso ormai convenzionale della formula 'Stato moderno' (ricorrente — come si sarà notato — anche in queste pagine) è forse giunto il momento di sollevare alcuni dubbi e legittime perplessità. A dire il vero, questa formula è sempre risultata alquanto ostica ai giuristi, almeno nell'accezione in cui viene usualmente impiegata dagli storici. Per la storiografia (per buona parte di essa, anche se non per tutta), lo 'Stato moderno' è il termine con cui si designa la forma di quell'organizzazione del potere che sembra profilarsi fra il Duecento e il Trecento, e che s'attesta e si consolida definitivamente a partire dal Cinquecento. Fra 'Stato moderno' e 'Stato di diritto' non vi è dunque possibilità di confusione alcuna, giacché il secondo è soltanto una specificazione storica e particolare del primo (anzi, per molti aspetti, ne è il coronamento e ad un tempo la prima manifestazione del declino: è infatti all'apogeo dello Stato di diritto che cominciano ad aprirsi le contraddizioni congenite al tipo 'moderno' di organizzazione del potere). I giuristi invece — nella scia, con ogni probabilità, della lezione di Wilhelm Albrecht sul « moderno diritto dello Stato » contrapposto all'« antico » (e poi di quella, naturalmente, di Carl Friedrich von Gerber) — non solo hanno sempre faticato ad accettare la distinzione fra 'Stato moderno' e 'Stato di diritto', ma continuano anche a palesare, con ragione, non poca diffidenza sull'utilità analitica dell'aggettivo 'moderno', che in effetti appare ormai, quando si guardi alla più recente storiografia, l'ultimo dei contrassegni con cui 'tipizzare' una sequenza storica — non più 'unificabile' secondo modelli unilineari e monocausali — di assetti di potere distinti e differenti forme di legittimazione dell'autorità. In tal senso, l'aggettivo 'moderno' rischia davvero di essere fuorviante; e non solo perché esso sempre più sembra riproporre — in chiave fortemente valutativa — la sua originaria accezione 'polemica' (in modo non dissimile — conta tenerlo a mente, giacché è lo stesso Schmitt a ricordarcelo — da quel che è successo alla formula *Rechtsstaat*: cfr. C. SCHMITT, *Was bedeutet der Streit um den « Rechtsstaat »?*, in « *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* », XCV (1935), n. 2, pp. 189-201), ma anche perché rafforza l'equivoco che il 'politico' dello Stato costituisca il centro (e forse, addirittura, il produttore) dell'intera 'modernità'.

Non per caso, difatti, il grande tema su cui si concentrano la produzione e la tensione novativa delle teorie del Cinque e Seicento — il tema, cioè, dell'unità della 'persona-Stato' in rapporto con la pluralità dei corpi economico-sociali <sup>(15)</sup> — torna ad essere la questione fondamentale attorno a cui si arrovela il pensiero politico-giuridico del Novecento. Altrettanto non per caso, però, la rinnovata vitalità di una simile questione costituisce il coronamento di un'azione distruttiva condotta dal pensiero relativizzante contro gli elementi che vengono considerati 'costitutivi' — dalla nozione di sovranità a quella di rappresentanza — del sistema moderno di configurazione e di legittimazione del potere.

Con l'opera di Schmitt, in tal senso, sembra davvero prendere corpo l'inquietante sensazione che l'età del politico 'moderno' sia giunta alla fase finale della sua consunzione.

È merito di uno dei primi e più attenti studiosi italiani di Schmitt, Carlo Galli, l'aver recentemente dimostrato come lo svolgimento coerente dell'opera schmittiana registri appieno la 'logica' conclusione del pensiero politico dell'età moderna <sup>(16)</sup>.

Non appena le contraddizioni dello Stato moderno ne palesano la congenita ambivalenza (e rivelano quest'ultima, anzi, come la condizione essenziale per lo 'stabile squilibrio' della sintesi statale), l'unità politico-giuridica comincia infatti ad apparire un 'mito', la cui forza — alla stregua di quella degli altri miti dell'età moderna — è affidato alla sua qualità di essere manifestazione, ad un tempo ed equivocamente, di 'razionalità' e 'irrazionalità'. D'altro canto, a misura in cui il monopolio statale dell' 'immagine' di unità si manifesta più fittizio che reale, non solo

<sup>(15)</sup> Perché non sorprenda, e non appaia anacronistico, questo richiamo agli sforzi cinque-secenteschi di invenzione della 'persona-Stato', è forse opportuno ricordare ciò che scriveva S. AMMIRATO, *Discorsi sopra Cornelio Tacito* (1594), Vinezia 1599, Libro XII, Discorso I, p. 214, il quale, trovandosi a discutere « Della ragione di Stato », osservava che essa, pur riguardando l'« universale », poteva anche essere intesa come « un privilegio del principe » (e quindi « deroga alla ragion commune »), giacché « in questo caso considerandosi la persona del principe non più come persona particolare, ma come persona pubblica, si viene per conseguenza a riguardare l'universale ».

<sup>(16)</sup> Cfr. C. GALLI, *Introduzione* a C. SCHMITT, *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano 1986, pp. 1-37.

la razionalità della macchina del moderno Stato inizia ad apparire illusoria, ma anche la pretesa razionalità del politico moderno comincia a venir smentita dalla ricomparsa delle 'costanti' antropologiche che prepotentemente emergono da sotto il complesso e raffinato sistema delle 'finzioni' elaborate dal pensiero politico dell'età moderna.

La vera crisi del politico moderno, in tal senso, si consuma nel momento stesso in cui, sciogliendosi il nesso stabilito sin dall'età moderna fra politica e antropologia (il nesso dello Stato, appunto), la prima non è più in grado di essere del tutto congruente alla seconda: fino al limite in cui, mentre la politica moderna va sempre più rivelandosi una sorta di gigantesco *trompe-l'oeil*, l'antropologia sembra ridiventare non soltanto il fondamento di un'analisi 'realistica' del potere, ma anche il punto di partenza obbligato per ricondurre la teoria del politico al suo oggetto specifico d'analisi, e cioè a quel processo di formazione e organizzazione del rapporto di obbligazione politica che il pensiero moderno ha creduto di poter rinchiudere per sempre all'interno della sintesi statale.

Si comprende allora perché sia così insistente, in Schmitt, il motivo del ritorno alle origini e ai 'principi' dell'età moderna. E si cominciano a capire, soprattutto, le più riposte ragioni che consentono alla teoria schmittiana di apparire la più classica delle formulazioni con cui si chiude la 'classicità' di un'epoca ormai soltanto evocabile come 'età moderna'.

5. Quando si ponesse finalmente mano all'impresa di individuare le cause (per poterne così spiegare gli effetti, protrattisi fino ai nostri giorni) degli intensi dibattiti che coinvolsero e lacerarono le scienze giuridiche e politico-sociali nel torno di tempo fra le due guerre, uno dei primi compiti a cui si troverebbe di fronte chi volesse chiarire il ruolo di Schmitt all'interno di questi dibattiti sarebbe certamente quello di dar conto dei criteri impiegati dal giurista tedesco nel prescegliere le sue fonti bibliografiche principali. Si troverebbero così i motivi profondi, con ogni probabilità, di un'impressione a cui non sfugge nessun lettore di Schmitt: e cioè che esista, nella formulazione del sistema schmittiano, una sorta di eterogeneità — quasi una discrasia — tra le fonti appar-

tenenti alla più consolidata tradizione giuridica e le fonti che, essendo di natura più squisitamente storica, filosofica, o anche etimologica, vengono usate da Schmitt — e combinate con le prime — in modo ardito e (in apparenza) estroso.

A questo proposito, non è per nulla infondata l'ipotesi che una simile ricognizione delle fonti schmittiane, se da un lato può aiutarci ad individuare l'esatta posizione di Schmitt sia in relazione alla parabola delle scienze giuspubblicistiche (che sembrano ormai ridursi a mera 'tecnica' di descrizione degli apparati di potere) sia in rapporto alla natura stessa della *Rechtswissenschaft* (la quale appare ormai incapace di ricomporre la frammentazione dei suoi specialismi metodologici), dall'altro lato ci consenta anche di comprendere in qual modo la 'congiunzione' dei segmenti più rilevanti del pensiero moderno costituisca espressione dell'esigenza di circoscrivere — nei suoi aspetti 'materiali', quasi — il carattere unitario e costitutivo della 'modernità' (17). È quest'esigenza, infatti, a far sì che la riflessione di Schmitt, anche quando egli è maggiormente impegnato in dispute contingenti, si elevi sempre al di sopra dell'indagine del 'particolare', per protendersi invece alla ricerca delle 'tendenze di regolarità' sottese a ciò che in superficie sembra essere episodico od occasionale. Ed è ancora la stessa esigenza, a ben considerare, a sorreggere l'intera costruzione 'classificatoria' di Schmitt, la quale — va aggiunto — viene edificata non già per ossequio formale agli imperativi metodologici della tipologia tardo-ottocentesca, bensì in consonanza (più o meno voluta, ma assai significativa) con la grande trattatistica del Cinque e Seicento: le analogie con quest'ultima, soprattutto nella scelta e nella sistemazione delle fonti, sono ancora una volta stupefacenti. Nell'opera del giurista tedesco, la 'classificazione' si trasforma infatti nel principale strumento con cui l'essenza 'politica' della modernità diventa

---

(17) Che è quanto già intuiva, in rapporto al problema dello 'stato di natura', L. STRAUSS, *Anmerkungen zu Carl Schmitts « Der Begriff des Politischen »*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », LXVII (1932), n. 6, pp. 732-749. Sulla questione complessa (ed equivoca) di ciò che a noi continua ad apparire come la 'modernità', si vedano le osservazioni di U. FADINI, *Esperienze della modernità: C. Schmitt e W. Benjamin*, in « La Politica », I (1985), n. 3-4, pp. 43-58.

non solo visibile nella sua purezza, ma anche scrutabile nella sua 'relatività' (18).

Eppure, proprio la tenacia con cui Schmitt procede alla costruzione di classificazioni sempre più ampie e alla ricerca di tendenze di regolarità sempre più generali fornisce una prima e significativa spia della epidermicità di quella inquietante sensazione da cui non riesce a liberarsi, come si accennava poc'anzi, il lettore dell'opera schmittiana: e cioè che, nel momento stesso in cui Schmitt registra la consunzione del pensiero politico moderno, egli suggelli in realtà la conclusione del 'politico' dell'età moderna.

Avvezzi come siamo oggi a nutrire nei confronti delle opere 'sistematiche' del passato un sentimento di sufficienza (composito non di rado, però, con una sorta di rimpianto e di ammirazione per la possibilità e la capacità con cui in tali opere si procedeva a definizioni e distinzioni 'certe' e 'chiare'), rischiamo ormai di non comprendere per quale motivo la costruzione 'classificatoria' schmittiana — in un'età avviata a sostituire la costruzione di sistemi con il continuo accertamento della 'parzialità' di ogni sistema — dia corpo a uno dei più formidabili tentativi miranti non soltanto a sbloccare il processo di innovazione teorica, ma anche a salvaguardare ciò che a Schmitt sembra essere 'specifico' del politico moderno, e che gli continua ad apparire come 'costitutivo' della politicità: il carattere, appunto, della 'unità'.

È dall'immagine dell'unità che la riflessione di Schmitt — com'è ben noto — comincia ad essere attratta sin dagli anni del *Römi-*

---

(18) Ed è qui che il concetto di 'ordine' — spesso nella penombra, ma sempre rivestito di un ruolo centrale — si incontra e si salda con quello di 'politico', fino a diventare il principale strumento con cui è possibile un'analisi 'realistica' del contenuto della politica moderna, e cioè del potere: si vedano, a questo proposito, le pagine introduttive di N. MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico. Da Machiavelli a Tocqueville*, Bologna 1984, p. 7-30. Per l'esame dei rapporti fra 'ordine' e 'decisione', e — soprattutto — di alcune radici delle idee-cardine 'moderne' perfezionate da Schmitt, cfr. E. CASTRUCCI, *Ordine convenzionale e pensiero decisionista. Saggio sui presupposti intellettuali dello Stato moderno nel Seicento francese*, Milano 1981 e D. BOSCO, *Morale della politica e individualismo nel grand siècle. Da Machiavelli a Bayle*, Milano 1984.

*scher Katholizismus und politische Form*, quando egli, affascinato dall'ineguagliabile forma politica 'rappresentata' dal cattolicesimo, intravede che la «majestas» (*Würde*) del politico riposa sul carattere di quest'ultimo di essere inderivabile da null'altro se non dalla 'natura' umana (19). Ed è ancora l'immagine dell'unità ad occupare il centro dell'analisi schmittiana, allorché le figure principali — come nella *Verfassungslehre* o in *Der Hüter der Verfassung* — sembrano diventare quelle di 'sovranità', 'decisione', 'costituzione'. Proprio nelle opere più 'giuridiche' (e ad un tempo più 'politologiche', giacché la nozione schmittiana di politico è continuamente costretta a misurare la propria 'assolutezza' in rapporto alla 'relatività' della nozione di Stato), l'unità politica si staglia infatti come la sola forma che, essendo creazione di un necessario atto di 'rappresentazione' (20), riunisce e fonde in sé gli aspetti 'naturali' e gli aspetti 'artificiali' da cui sono caratterizzati la nascita e il funzionamento di tutte le aggregazioni politiche.

Probabilmente non è lontano dal vero chi sostiene che 'unità', 'sovranità', 'decisione' siano fra loro legate da una sorta di relazione circolare, e che, una volta affermato il carattere di *Oberbegriff* dell'unità politica (21), in una tale relazione finiscano col dissolversi tanto la questione del rapporto fra Stato e diritto, quanto il problema del nesso fra politica e amministrazione. Se 'costituzione' — come scrive Schmitt all'esordio stesso dell'opera in cui maggiormente si dispiega l'impegno 'dogmatico' del giurista tedesco (la *Verfassungslehre*, intendo) — significa «la condi-

---

(19) Si veda G. NARDONE, *La gloria della forma*, in «Il Mulino», XXXV (1986), n. 3. Ed è in questa continua 'tensione' fra politico e natura umana, con ogni probabilità, che affonda le sue più profonde radici il problema del rapporto fra 'politica' ed 'etica' dell'età moderna: cfr. R. FASSA, *Etica e politica in Carl Schmitt*, in «Fenomenologia e società», VII (1984), n. 1, pp. 100-125.

(20) Sulla figura concettuale della 'rappresentazione', si veda C. GALLI, *Immagine e rappresentanza politica. Ipotesi introduttive*, in AA. VV., *La rappresentanza politica*, cit., pp. 27-52.

(21) Per la dimostrazione del carattere di *Oberbegriff* dell' 'unità' politica', si veda H. RUMPF, *Carl Schmitt und Thomas Hobbes. Ideelle Beziehungen und aktuelle Bedeutung*, Berlin 1972.

zione generale dell'unità e dell'*ordinamento politico*»<sup>(22)</sup>, questo primato del concetto di 'unità' viene infatti ad essere scorporato con straordinaria efficacia allorquando Schmitt, per poter dimostrare che i due principi della forma politica sono costituiti dalla 'identità' e dalla 'rappresentanza', prende le mosse dalla constatazione che « Stato è un determinato *status* di un popolo, e precisamente lo *status* dell'unità politica. Forma di Stato è la specie particolare della struttura di questa unità »<sup>(23)</sup>.

Eppure, non è senza significato che, dopo aver legato logicamente l'una con l'altra la 'relatività' dello Stato e l' 'assolutezza' del politico, sia la questione del rapporto fra Stato e diritto sia il problema del nesso fra politica e amministrazione sembrino alla fine dissolversi senza residui nella relazione circolare fra 'unità', 'sovranità', 'decisione'<sup>(24)</sup>. La questione del rapporto fra Stato e diritto (ormai una questione 'falsa', da quando lo Stato non è più una 'forma politica' che possa essere distinta e separabile dal diritto) torna infatti a venir necessariamente ricompresa in quell'antagonismo fra 'politica' e 'istituzioni' che si va riaprendo con forza crescente a misura in cui si rivela fittizia ogni equivalenza fra il politico e lo statale. D'altro canto, a mano a mano che lo Stato è sempre meno produttore di politica

<sup>(22)</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, p. 15.

<sup>(23)</sup> *Ivi*, p. 271. Ma sul rapporto fra la nozione di 'unità politica' e la figura (che appare ormai sempre più equivoca) di 'costituzione materiale', si vedano ora le osservazioni di V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986, particolarmente pp. 58-60, 78-79.

<sup>(24)</sup> Alla circolarità di questa relazione, in effetti, cercheranno di sottrarsi giuristi quali Ernst Forsthoff, Ulrich Scheuner, Ernst Rudolf Huber; e ogni via d'uscita imboccata, non per caso, tornerà a riproporre come centrale quel tema dell'amministrazione che, a misura in cui lo Stato sembra trasformarsi in Stato amministrativo, costituisce non solo il più solido anello di congiunzione fra le due questioni, ma anche il banco di prova della 'tenuta' delle categorie di 'sovranità', 'decisione', 'unità' (e quindi, pure, di 'costituzione'). Sulla figura dello 'Stato amministrativo' che « mantiene ferma la dimensione dell'impersonalità del potere tramite il primato dell'amministrazione », si veda la ricca analisi formulata da M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli 1986, particolarmente pp. 339-343.

è sempre più erogatore di diritto, la 'classica' irriducibilità della prima alla seconda riaffiora inevitabilmente da sotto quel rapporto fra Stato e amministrazione entro cui si pretende di racchiudere e continuare a legittimare, affidandone la custodia alla 'riserva' e alla 'preminenza' della legge, il funzionamento dello Stato di diritto <sup>(25)</sup>. In realtà, se l'ombra conturbante dello Stato economico accompagna « *la dissoluzione pluralistica di uno Stato legislativo parlamentaristico* » <sup>(26)</sup>, proprio il profilarsi dell'ancor più inquietante figura di uno 'Stato di amministrazione' annuncia che la politicità della moderna sintesi statale è giunta ormai al suo stadio finale.

Non sorprende allora che il grande tema dell'unità, nel momento stesso in cui sembra venir usato per registrare la consunzione della 'modernità' politica, dia invece forma al tentativo — squisitamente 'moderno' — di affermare l'idea di un politico 'autonomo', interamente legittimato e continuamente legittimantesi in virtù esclusiva del suo assunto fondamentale: l'assunto

---

<sup>(25)</sup> In questa prospettiva, si chiarisce allora tutta la forza polemica con cui il tema fondamentale della sovranità si lega — in Schmitt — a quello, altrettanto fondamentale, del *pouvoir constituant*. Che lo Stato possa essere ridotto alla mera produzione di diritto, sembra infatti coerente con la tesi secondo cui « ad essere sovrano non è lo Stato, bensì il diritto » (illuminante, in tal senso, è la serrata critica di Schmitt a *Die moderne Staatsidee* di Hugo Krabbe: cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., particolarmente pp. 47-51). Nel momento stesso, però, in cui sembra definitivamente negato « l'elemento decisionistico e personalistico » (e tipicamente 'politico') del moderno concetto di sovranità (cfr. *ivi*, p. 71), l'irriducibilità della politica al diritto viene confermata proprio dalla « permanenza » di quel potere che « diventa attivo attraverso l'atto della decisione politica fondamentale »: il potere costituente, che è « volontà politica, cioè essere politico concreto » (cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 130 e p. 110). Sul tema centrale del *pouvoir constituant* e sull'attenzione continuamente dedicata da Schmitt alla teoria costituzionale di Sieyes (ma più in generale — occorre aggiungere — a gran parte delle elaborazioni costituzionali dell'intera fase della Rivoluzione francese, allorché il 'tipo' europeo-continentale di organizzazione del potere si consolida e forse anche — ad un tempo — si modifica radicalmente sotto l'influsso del modello inglese), cfr. ora S. BREUER, *Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », LXX (1984), n. 4, pp. 495-517.

<sup>(26)</sup> Si veda C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano 1981, p. 145.

cioè, per dirlo con le parole stesse di Schmitt, che « l'unità politica è, per sua essenza, l'unità decisiva, senza che importi da quali forze essa trae i suoi ultimi motivi psichici. Essa esiste oppure no. Se esiste, è l'unità suprema, cioè quella che decide nel caso decisivo » (27).

6. Il riconoscimento del primato dell' 'effettività' è per Schmitt, probabilmente, l'ultimo dei baluardi per impedire che il politico moderno, snaturandosi in un vacuo gioco di ombre cinesi, finisca con lo smarrire i caratteri costitutivi della sua specificità. Nell'età in cui le 'relativizzazioni' consentono di tracciare con esattezza la parabola storica di gran parte delle costruzioni concettuali del pensiero moderno, anche sul politico incombe infatti il rischio che, per cercare di fissarne una (impossibile, secondo Schmitt) storicità, lo si stacchi da quel fondamento antropologico da cui dipende la « distinzione di fondo alla quale può essere ricondotto tutto l'agire politico in senso specifico » (28).

Da questo momento, l'analisi dell' « agire politico in senso specifico » diventa, nella riflessione schmittiana, l'elemento più forte non solo per riconoscere l'autonomia e la 'non relatività' del politico, ma anche — soprattutto — per provare che il ruolo centrale svolto dal politico nel processo di costituzione della modernità a null'altro può essere messo in conto se non alla centralità del politico stesso all'interno della sfera di azione umana. In tal modo il politico, non più costretto a rinviare — per poter essere 'specificato' — a un concetto di potere inteso come il suo solo criterio distintivo (e talvolta esaustivo), riesce a dispiegare per intero la propria « esistenzialità », esibendo persino — come già ha intuito « il primo filosofo moderno ad osare un'antropologia politica in grande stile », Helmuth Plessner (29) — quel carattere

(27) C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 126.

(28) *Ivi*, p. 108. La quale « distinzione di fondo » è, naturalmente, quella di 'amico' e 'nemico': ma su questo (disputatissimo) 'criterio del politico' mi paiono assai convincenti le conclusioni di P. PASQUINO, *Considerazioni intorno al 'criterio del politico' in Carl Schmitt*, in « Il Mulino », XXXV (1986), n. 4.

(29) Si veda C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 144 (l'opera di « antropologia politica » di H. PLESSNER, *Macht und menschliche Natur. Ein Versuch*

che gran parte del pensiero politico moderno ha tenacemente e spesso maldestramente mascherato: il carattere — tipico e naturale del politico — dell' 'irrazionalità'.

Con la percezione dell'irrazionalità del politico, Schmitt sembra così toccare definitivamente il limite estremo della modernità: anche se egli, quasi ritraendosi di fronte alla formidabile novità dei risultati della sua analisi, resta alla fine ben al di qua — a me pare — della linea di un tale confine.

Nella « Premessa » del 1963 a *Der Begriff des Politischen* vi è, a questo proposito, una notazione assai illuminante. Ancor prima di confutare il rilievo critico, formulato da Otto Brunner, secondo cui il proprio lavoro « individuerrebbe come solo carattere concettuale positivo il nemico e non l'amico », Schmitt respinge l'addebito, mossogli dallo stesso Brunner, che il concetto di politico costituisca « il punto finale dello sviluppo di una dottrina della ragion di Stato »<sup>(30)</sup>. La replica di Schmitt, secca e quasi impulsiva, lascia in realtà senza risposta la questione fondamentale sollevata dallo storico austriaco. Brunner, proponendosi di indagare — all'inizio di *Land und Herrschaft* — « cosa possa chiamarsi 'politica' nel passato, sotto quali presupposti fosse allora possibile un agire politico, ed infine chi ne fossero i titolari », non soltanto aveva infatti messo in dubbio « la possibilità di trovare in un istinto di potere esistente di per sé un motivo sufficiente per la comprensione della storia politica », ma aveva alzato di nuovo il velo sulla questione di « una descrizione sufficiente della struttura delle formazioni politiche, dalla cui conoscenza soltanto può venire compreso anche l'agire politico »<sup>(31)</sup>.

---

*zur Anthropologie der geschichtlichen Weltansicht*, pubblicata per la prima volta nel 1931, è stata raccolta in H. PLESSNER, *Zwischen Philosophie und Gesellschaft. Ausgewählte Abhandlungen und Vorträge*, Bern 1953: per la bibliografia di questo importante autore si veda *Wesen und Wirklichkeit des Menschen. Festschrift für Helmuth Plessner*, a cura di K. Ziegler, Göttingen 1957, pp. 398-403).

<sup>(30)</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 95.

<sup>(31)</sup> Cfr. O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Wien 1965<sup>5</sup> (tr. it.: *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano 1983, p. 5).

In effetti, se alle spalle del funzionamento 'astratto' e 'im-personale' delle istituzioni statali subito si profila — non appena si sveli il carattere 'fizionale' dello Stato — l'esercizio 'concreto' e 'personale' (fisico, quasi) del potere, e se dal fondo dell'agire politico degli uomini riemerge la forza irrefrenabile dell'irrazionalità, l'antagonismo fra politica e istituzioni non può allora essere spiegato se non col ricorso allo schema di una insanabile contrapposizione fra 'naturalità' e 'artificialità', 'razionalità' e 'irrazionalità': lo schema della 'doppia verità', appunto, specifico e costitutivo del politico moderno.

A ben guardare, del resto, proprio dalla validità di un tale schema è stata resa possibile l'attribuzione al politico di un ruolo sempre più 'centrale' durante l'intero arco di svolgimento della modernità. Evocare — come ha fatto Otto Brunner — la 'ragion di Stato', non è per nulla casuale. Ancor più che nella *fictio* della persona statale, il vero capolavoro dei ragionatori di Stato consiste infatti nell' 'invenzione' di un politico la cui necessità e perennità appaiono immediatamente deducibili dall'osservazione 'realistica' dell'azione degli uomini e dalla 'irrazionalità' del loro agire politico. Mai completamente identificabile né totalmente esauribile nel potere statale, questo politico — ambivalente, giacché esso riflette per intero l'ambivalenza della natura umana — costituisce anzi il vero elemento di salvaguardia della moderna organizzazione del potere: al punto che tutte le assolutizzazioni del politico (ce ne accorgiamo oggi) non soltanto risultano intimamente connesse con le relativizzazioni dello Stato, ma costituiscono anche — per quest'ultimo — la garanzia più solida della sua storica longevità.

Ed è allora in tal senso che, con Schmitt, il riconoscimento della primazia moderna del politico cerca di allontanare nel tempo la fine della cosiddetta 'modernità'. L'unità politico-giuridica a cui si è protesa l'intera esperienza moderna non può infatti essere preservata se non reinnescando quel processo di produzione di 'teoria' politica bruscamente interrotto allorquando, aprendosi un varco da sotto le macerie dei grandi sistemi concettuali, i discorsi di *politesses* hanno tentato di scalzare la moderna scienza del politico. La produzione di una 'nuova' teoria politica, però, per poter finalmente sottrarsi alla morsa dell'ormai stantia contrap-

posizione fra Stato e politico, non può che prendere avvio da una riflessione attorno a quei 'fondamenti' della politica su cui si sono depositate le incrostazioni non soltanto del moderno 'gioco delle parti' fra politico e Stato, ma anche delle equivoche interferenze fra 'politica', 'diritto' ed 'economia' <sup>(32)</sup>.

Da questo punto, come l'essenza del politico — secondo quanto già veniva scoprendo Carl Schmitt — non può più essere scambiata con il 'rivestimento' formale con cui il politico è stato presentato per tutta la modernità, così l'unità politico-giuridica non può più essere né una precaria *complexio* fra gli opposti della politica e delle istituzioni, né il centro esclusivo a cui s'orienta (e da cui prende senso compiuto) l'agire politico degli uomini <sup>(33)</sup>. Anche perché, dopo l'onda lunga durante la quale la politica è sembrata estendersi alla generalità degli àmbiti dell'azione umana, già si annuncia quella — altrettanto lunga, con ogni probabilità — di una sua ridefinizione e (soprattutto) di una sua delimitazione.

---

<sup>(32)</sup> Emblematica è la (controversa) chiusa di uno dei più discussi scritti di C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, p. 67: « Jetzt bedarf es eines konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens, das den zahlreichen neuen Aufgaben der staatlichen, völkischen, wirtschaftlichen und weltanschaulichen Lage und den neuen Gemeinschaftsformen gewachsen ist. Darum ist in jenem Vordringen einer neuen rechtswissenschaftlichen Denkweise nicht eine blossе Korrektur bisheriger positivistischer Methoden, sondern ein Übergang zu einem neuen Typus rechtswissenschaftlichen Denkens enthalten, der den werdenden Gemeinschaften, Ordnungen und Gestaltungen eines neuen Jahrhunderts gerecht zu werden vermag ». Forse non ci si sbaglia troppo a credere che, fra un diritto come pura 'forma del pensiero' e un « konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken », cominci ormai a farsi strada il bisogno di una 'teoria (generale) dell'azione'.

<sup>(33)</sup> A risultati decisivi mi pare conduca, in tal senso, la teoria recentemente elaborata da P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986. Col corollario, come dimostra l'autore, che, allo svanire di un' 'immagine' di Stato quale « punto d'Archimede dell'unità del politico », si dissolvono anche i contorni della 'figura' di società, proprio perché « rappresentare la società e agire sulla società, 'ascendere' della società verso lo Stato e 'discendere' dello Stato verso la società sono due aspetti di una metafora che sorregge la rappresentazione della ricomposizione ad unità del politico: è questa unità che il doppio movimento dello Stato e della società esprime e fonda metaforicamente » (*ivi*, pp. 374-375).



	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i> . . . . .	I

## MODELLI E DIMENSIONI

LUCA MANNORI, <i>Manzoni e il fenomeno rivoluzionario. Miti e modelli della storiografia ottocentesca a confronto</i> . . . . .	7
---	---

## LA DIMENSIONE GIURIDICA

JESUS LALINDE ABADIA, <i>España y la monarquía universal (en torno al concepto de 'Estado moderno')</i> . . . . .	109
PAOLO PASQUALUCCI, <i>Thomas Hobbes e Santi Romano ovvero la teoria hobbesiana dei corpi subordinati</i> . . . . .	167
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Una costituzione 'sperimentale' per una società ideale. Modelli giuridico-politici di Attilio Brunialti</i> . . . . .	307
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo</i> . . . . .	355
CARLA FARALLI, <i>Storia e diritto nel pensiero di John Dewey</i> . . . . .	401

## LETTURE

N. ARNAUD-DUC, <i>Droit, mentalité et changement social en Provence occidentale. Une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial, de 1785 à 1855</i> (L. Assier-Andrieu) . . . . .	413
P. CAPPELLINI, <i>Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette; II. Dal sistema alla teoria generale</i> (K. Luig) . . . . .	415
H. KELSEN, <i>Teoria generale delle norme</i> (L. Gianformaggio) . . . . .	431
B.-R. KERN, <i>Georg Beseler. Leben und Werk</i> (J. Schröder) . . . . .	436

	pag.
<i>Legal Philosophical Library. An International Bibliography of Philosophy and Theory of Law. Norberto Bobbio. A Bibliography</i> (L. Gianformaggio) . . . . .	439
M. G. LOSANO, <i>Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, T. I. Studien zu Jhering und Gerber, T. II</i> (G. Marini) . . . . .	442
L. MENGONI, <i>Diritto e valori</i> (P. Rescigno) . . . . .	448
L. MOSCATI, <i>Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità</i> (A. Mazzacane) . . . . .	453
F. RANIERI, <i>Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert</i> (A. M. Hespanha) . . . . .	460
J. RÜCKERT, <i>Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny</i> (P. Cappellini) . . . . .	467
R. SCHULZE, <i>Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert</i> (P. Cappellini) . . . . .	480
<i>Società, norme, valori. Studi in onore di Renato Treves</i> (E. Resta) . . . . .	486
M. STOLLEIS, <i>Pecunia nervus rerum. Zur Staatsfinanzierung der frühen Neuzeit</i> (P. Cappellini) . . . . .	488
H. WAGNER, <i>Die politische Pandektistik</i> (H. Mohnhaupt) . . . . .	492
<i>Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäischen Ansichten</i> (M. Fioravanti) . . . . .	497
Segnalazioni . . . . .	501
<i>A PROPOSITO DI ...</i>	
HANS-PETER BENÖHR, <i>Zur Rechtsgeschichte der USA</i> . . . . .	507
PAOLO CAPPELLINI, <i>Scienza civilistica, 'rivoluzioni industriali', analisi economica del diritto: verso una neopandettistica 'involontaria'?</i> . . . . .	523
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>De la religion en el derecho historia mediante</i> . . . . .	531
GABRIELE CRESPI REGHIZZI, <i>Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese</i> . . . . .	551
PAOLO GROSSI, <i>La fantasia nel diritto</i> . . . . .	589
PAOLO GROSSI, <i>Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)</i> . . . . .	593

	<i>pag.</i>
LUCA MANNORI, <i>Giuseppe Compagnoni costituzionalista rousseauwiano</i> . . .	621
UMBERTO SANTARELLI, <i>Historia juris propriissime dicta</i> (a proposito di Guido ASTUTI, <i>Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea</i> ) .	637
IVANHOE TEBALDESCHI, <i>Autenticità e società nei più recenti sviluppi del pensiero di L. Bagolini</i> . . . . .	647

## STRUMENTI

IRENA MALINOWSKA-KWIATKOWSKA, <i>Legal History Research in Poland at Present and in the Past</i> . . . . .	659
--	-----

## RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' nell'anno accademico 1986 . . . . .	687
---	-----

## PER CARL SCHMITT (1888-1985)

MARIO NIGRO, <i>Carl Schmitt fra diritto e politica</i> . . . . .	691
LORENZO ORNAGHI, <i>Lo Stato e il politico dell'età moderna. In ricordo di Carl Schmitt a un anno dalla morte</i> . . . . .	721



## *I collaboratori del quindicesimo «Quaderno»*

Luca MANNORI

*Prof. Associato di Storia del diritto italiano* - Università di Trento

Jesus LALINDE ABADIA

*Catedrático de Historia del derecho español* - Universidad de Barcelona

Paolo PASQUALUCCI

*Prof. Ordinario di Filosofia del diritto* - Università di Perugia

Giovanni CAZZETTA

*Borsista del Corso di dottorato di ricerca in Storia del diritto moderno* - Università di Napoli

Maurizio FIORAVANTI

*Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne* - Università di Firenze

Carla FARALLI

*Prof. Associato di Filosofia del diritto* - Università di Bologna

Louis ASSIER-ANDRIEU

*Chargé de recherche au Centre National de la Recherche Scientifique* - Toulouse

Klaus LUIG

*Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Neuereprivatrechtsgeschichte* - Universität Köln

Letizia GIANFORMAGGIO

*Prof. Straordinario di Filosofia del diritto* - Università di Siena

Jan SCHRÖDER

*Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte* - Ruhr Universität Bochum

Giuliano MARINI

*Prof. Ordinario di Filosofia della politica* - Università di Pisa

Pietro RESCIGNO

*Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato* - Università di Roma I

Aldo MAZZACANE

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano* - Università di Napoli

Antonio Manuel HESPANHA

*Inspector-Geral do Ministerio de Educaçãõ - Colaborador da Faculdade de Ciencias Sociais e Humanas* - Universidade Nova de Lisboa

Paolo CAPPELLINI

*Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano* - Università di Ferrara

Eligio RESTA

*Prof. Ordinario di Sociologia del diritto* - Università di Bari

Heinz MOHNHAUPT

*Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* - Frankfurt am Main

Paolo GROSSI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano* - Università di Firenze

Umberto SANTARELLI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano* - Università di Pisa

Hans Peter BENÖHR

*Ord. Professor für Römisches Recht, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht* - Johann Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt am Main

Bartolomé CLAVERO

*Catedratico de Historia del derecho* - Universidad de Cadiz/Jerez

Gabriele CRESPI REGHIZZI

*Prof. Ordinario di Diritto privato comparato* - Università di Pavia

Ivanhoe TEBALDESCHI

*Prof. Ordinario di Filosofia del diritto* - Università di Firenze

Irena MALINOWSKA-KWIATKOWSKA

*Prof. Ordinario di Storia del diritto* - Uniwersytet Jagielloński - Kraków

Mario NIGRO

*Prof. Ordinario di Diritto amministrativo* - Università di Roma I

Lorenzo ORNAGHI

*Ricercatore di Scienza della politica* - Università Cattolica di Milano