QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

23

(1994)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAGINA INTRODUTTIVA

I. Nella mente del Redattore questa ' pagina ' avrebbe dovuto costituire una sorta di congedo dai lettori. Quando, un anno fa, io scrissi al Preside e al Consiglio della Facoltà giuridica fiorentina pregando di sostituirmi nella guida del ' Centro ' e di questi ' Quaderni ', ero convinto della opportunità — se non della necessità — di una tal sostituzione: dopo aver promosso, nel '71, i ' Quaderni '; dopo averli avviati nel '72; dopo averli diretti per più di venti anni, mi sembrava di aver dato, in questa lunga gestione, tutto quanto — poco o molto non so — mi era stato possibile; e mi sembrava con sicura coscienza che il Centro e la Rivista si sarebbero avvantaggiati non poco dalla guida di un personaggio nuovo, magari ricco di giovanili energie e capace di trasfondere — nell'uno e nell'altra — idee, orientazioni, progetti vivi e vivaci.

La Facoltà, forse più mossa da un sentimento di affettuosa amicizia verso il vecchio Redattore che da una valutazione oggettiva del problema, non accolse la mia proposta e volle onorarmi di una ulteriore conferma per il quinquennio 1994-1998. Ero convinto — e resto convinto — della opportunità del cambiamento, ma non ho potuto che inchinarmi di fronte al volere insindacabile della Facoltà, gratissimo di una fiducia forse non da me pienamente meritata ma a me sommamente cara.

Ecco, quindi, che la attuale ' Pagina introduttiva ', di fronte a quello che sarà il mio nuovo quinquennio di redazione, assume necessariamente un carattere, non già di congedo, ma squisitamente progettuale.

II. Oggi, fine del 1994, con serena contemplazione, constato e confermo il valore positivo della scelta — operata nel '71 — del pensiero giuridico quale oggetto primario del nostro foglio. È una scelta che il lungo scorrere di quasi venticinque anni non ha usurato,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e che mostra proprio ora la sua straordinaria validità. Le ragioni si collocano ben al di là di una autogiustificazione *ex post* e sono rese evidenti — particolarmente oggi — da una osservazione distaccata dello sviluppo speditissimo del diritto almeno in Europa.

L'aver puntato sull'osservatorio del pensiero giuridico come posizione privilegiata per guardare all'universo del diritto aveva soprattutto un significato culturalmente liberante: significava cioè liberarsi da una proiezione legislativa che divideva e mortificava in ripartizioni statuali una grande unità culturale, un grande respiro senza frontiere di cui il diritto si era nutrito sino agli artificii delle varie codificazioni ottocentesche e di cui il diritto aveva bisogno — ieri, ma anche oggi, ma anche domani — se non voleva pregiudicare il suo erigersi in scienza. L'aver puntato sul pensiero giuridico significava confidare su ciò che univa piuttosto che su ciò che divideva; significava affermare la convinzione che, al di là e al di sopra delle molteplici e diverse e particolari proiezioni legislative, v'era un tessuto universale — quello della scienza — che consentiva di cogliere la dimensione essenziale del diritto, di fronte alla quale i confini dei singoli Stati attenuavano la loro innaturale rigidità e di fronte alla quale perdevano pure nettezza i discrimini fra ieri e oggi, fra vigente e pretérito, in un recupero più pieno del *continuum* della vita del diritto che, a livello di esperienza e di coscienza riflessa, vive senza cesure: la scienza assunta senza spocchie idealistiche ma soltanto come sguardo più penetrante che arriva all'essenza del diritto, ben al di sotto di corteccie esteriori ed estrinseche; la scienza come specchio della vita del diritto. Con una avvertenza, che potremo però ritenere già implicita in quanto si è or ora detto: che a formare questo pensiero giuridico non eravamo disposti a veder concorrere uno stuolo unicamente fatto di *sapientes* ma altresì di giudici, di avvocati, di notai, cioè di operatori.

Era, questo, un angolo di osservazione, già nel 1971, culturalmente liberante. Oggi, 1994, mi appare quasi un dovere morale per il giurista-scienziato, l'unico modo per corrispondere a quanto si esige da lui nell'attuale delicatissimo momento storico. Se ieri, se appena fino a ieri, siamo stati orgogliosi di creare confini e cesure; se ci siamo vantati di far coincidere lo *stricto sensu* politico con il giuridico, tenendo malaccortamente dietro a una frenesia nazionalistica e contrapponendo come pianeti diversi un diritto italiano a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quello francese, svizzero, spagnolo, austriaco, e via dicendo; se con assoluta inconsapevolezza abbiamo mortificato il diritto (soprattutto il diritto privato, che esprime per propria indole la comune ragion civile dell'intiera umana consociazione) nelle ombre anchilosanti dei diversi vessilli patriottici; oggi noi abbiamo il dovere — che è, insieme, obbligo morale ed esigenza storica — di avviarci su una strada che percorra la direzione opposta.

Se abbiamo occhi ben aperti sul mondo, non ci mancherà di constatare l'affioramento di una coscienza sempre più diffusa che avverte lo Stato — cioè lo Stato come lo ha cristallizzato il moderno assestamento politico — quale artificio, mentre divengono prevalenti valori diversi dal politico, primi fra tutti quelli legati a una certa etnia o a una certa civiltà (intesa questa come un precipitato di valori linguistici, religiosi, culturali), valori che riconoscono a certe frontiere statuali il solo significato di una violenza imposta. Rendiamoci conto che — a occidente lentamente, a oriente precipitosamente — lo Stato va perdendo la plurisecolare funzione — che la civiltà moderna gli aveva affidato — di fondamento supremo di legittimazione, anche del giuridico, soprattutto del giuridico, e che, finalmente, si comincia a disegnare un movimento sempre più nitido e forte, ben proiettato verso il futuro, che parla di diritto uniforme, di istituti uniformi, il cui significato storicamente più autentico è per l'appunto quello di rappresentare il superamento di steccati e di proiezioni particolari. In questo momento, in cui sempre più vistose sono dappertutto le incrinature del vecchio edificio statualistico e cominciano a scricchiolare le sue strutture fondanti, continuare in un orizzonte giuridico di stampo tecnico-esegetico con un ulteriore orizzonte nello sfondo a carattere nazional-statuale assumerebbe il significato di bendarsi gli occhi per non vedere la strada nuova e allettante che ci si propone e si ha da percorrere.

Si aggiunga un'altra elementare constatazione ad avvalorare quanto or ora si diceva: il diritto legislativo nazionale, nel disperato tentativo di tener dietro a un rapidissimo mutamento sociale ed economico, ha subíto e subisce una accelerazione che fa perdere efficacia e credibilità alla legge come strumento ordinante (in questo momento, l'esempio manifesto e a me più vicino è offerto dall'Italia e dal suo novissimo Codice di procedura penale; appena redatto — per verità, più in versi che in prosa sensata —, è stato immediata-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente ' novellato ' per la sua palese intraducibilità in norma efficiente ed è tuttora in procinto di essere ulteriormente modificato per le stringenti richieste dell'incessante mutamento sociale), mentre le sempre più insistenti tensioni verso la delegificazione lasciano senza dubbio alla scienza giuridica il compito primario di dar solidità alle sabbie mobili che l'eclisse della legge (e il conseguente crollo della sua costruzione assolutistica) inevitabilmente ci lascia in eredità pesantissima.

III. Sarà più chiaro al lettore con qual significato io parlassi, all'inizio, del carattere culturalmente liberatorio del nostro angolo di osservazione: investigare sul pensiero giuridico ci ha portato a un discorso *naturalmente* transnazionale, almeno europeo. Io non volli scrivere l'aggettivo ' europeo ' al di sotto della nostra pubblicazione, come da più parti si fa con sfoggio formale e — direi — con ostentazione. Noi cercammo piuttosto di fare qualcosa di sostanzialmente europeo, o, per dire ancor meglio, qualcosa che non soffrisse di nazionalismi culturalmente poco sopportabili.

Il materiale, che abbiamo avuto e abbiamo fra le mani ha preteso da sè un ampio respiro, ha invocato da sè un colloquio senza confinazioni fra giuristi: perché si trattava di un tessuto unitario che non tollerava e non tollera lacerazioni. Il grande campo del pensiero giuridico moderno ha tessuto la sua rete unitaria e unificante malgrado e contro tutti gli accanimenti nazionali e nazionalistici, malgrado lo statalismo esasperato e il grezzo positivismo giuridico, dei quali si è intrisa e si è nutrita tutta l'età moderna. Lezione grande e salvataggio indubbio. Per la costruzione del futuro diritto europeo lo storico può additare con soddisfazione le radici e il percorso compiuto, e può attingere con altrettanta soddisfazione a questo patrimonio unitario in formazione, presenza talora nascosta, talora appena affiorante, talora malcerta, ma presenza. Quel che lo storico non deve fare è la forzosa e fallace trasposizione e imposizione di modelli passati, come — ohimé — dobbiamo constatare in alcuni odierni antistorici conati romanistici di stampo smaccatamente post-pandettistico (1). " Ogni cosa ha il suo tempo ": anche noi storici del

(1) Il riferimento è a: R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts - und Verfassungsgeschichte*, hrsg. v. R. Schulze, Berlin, 1991, nonché *Das*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto, dovremmo imprimerci bene nella mente questa ragionevole divisa della antica sapienza, paghi di offrire testimonianza di radici e itinerari al giurista di diritto positivo impegnato nella faticosissima edificazione di un diritto uniforme. Questo lo storico sa e deve fare, e questo manca al cultore del vigente, che, limitando il proprio sguardo al presente, dimensione temporale per la sua intima natura incompiuta e monca, ha una visione necessariamente parziale isolata e isolante.

Lo storico ha infatti un duplice privilegio: di aver familiarità con il passato, esperienza compiuta, compiutamente espressasi; di inserire il passato in una linea che arriva al presente, lo scavalca e si proietta nel futuro. Il messaggio insostituibile dello storico sta nella indicazione del senso della linea: non la coscienza settoriale di un punto fisso — un passato, remoto; un presente, astratto: un futuro, lontano —, ma la coscienza preziosa della direzione dell'azione storica. Con umiltà ma anche con persuasione si può ripetere con Teilhard de Chardin: " le passé m'a révélé la construction de l'avenir ". È unicamente per questo che lo storico non deve lasciar solo il cultore del diritto positivo: deve invece consentirgli di poter immettere il suo presente all'interno di un itinerario acquisendo in tal modo consapevolezza piena della propria identità. È solo in grazia di questa sua coscienza complessa (la coscienza del divenire) che egli è portatore di un discorso meritevole d'essere ascoltato.

IV. Un ricordo doveroso non può non chiudere questa ' pagina ': doveroso, mestissimo ma intensissimo; ed è per Franz Wieacker, che ci ha lasciati nel corso di questo 1994. Collaboratore da sempre delle nostre iniziative (fu tra i relatori al primo Convegno organizzato dal Centro, nel 1972, sulla Seconda Scolastica), autore di una fortunatissima ' Storia del diritto privato moderno ' (che il Centro ha voluto tradurre in lingua italiana e inserire nella propria ' Biblioteca '), studioso ammirevole per la varietà e ampiezza del suo campo d'azione intellettuale (che andava dalla storia dei diritti antichi a quella del diritto moderno, dalla teoria generale al diritto civile) nonché per la originalità del suo vigile e sensibile sguardo

---

römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, in *Juristen-Zeitung*, 47 (1992).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indagatore, Wieacker sarà ricordato, distesamente, con rispettosa attenzione, sul prossimo volume dei ' Quaderni ', da parecchi amici competenti e devoti.

Oggi, mi limito a partecipare ai lettori, su di un piano schiettamente umano, il mio personale sgomento per la scomparsa di un personaggio singolarissimo. Era consolante la presenza, nella generalmente piatta comunità degli studiosi, di questo storico e giurista tedesco che alla severa padronanza di un vasto patrimonio di dati e problemi univa ricchezza di intuizioni rivissute sempre all'insegna di una fantasia mediterranea. Dei giuristi tedeschi Wieacker è stato il più mediterraneo: innamorato delle culture e delle lingue latine (che conosceva in modo provetto e di cui apprezzava " la limpida chiarezza " (2)), innamorato della nostra terra in cui serbava un fitto tessuto di rapporti amichevoli e professionali, egli era a noi tutti spiritualmente assai vicino: fantasioso e curioso — nel significato più positivo delle due aggettivazioni —, aveva potuto guardare a fondo le *Textstufen* della giurisprudenza classica, la cifra secreta del volgarismo occidentale, il significato della Pandettistica moderna o della *Eigentumsverfassung* contemporanea. E i suoi risultati — discutibili, magari, e discussi; si pensi alla sua interpretazione del volgarismo — si collocavano sempre, per la loro vivacità nativa, per la loro forza speculativa, per la singolarità di approccio di cui erano intrisi, nei crocevia più affollati della discussione scientifica. Il grande Maestro — di cui si favoleggiava, accanto alla dedizione per l'indagine storica, una esperta passione per l'osservazione astronomica — sembrava sempre portare nella sua ricerca una curiosità cui la fantasia dava briglia e corsa. Oggi è desolante pensare che la polvere copre ormai il favoloso telescopio della sua casa di Göttingen e quella macchina da scrivere — risalente sicuramente al paleolitico — con cui scriveva a me e a tutti gli amici le sue care preziose ma disarmanti disordinate indecifrabili missive.

PAOLO GROSSI

---

(2) L'espressione è dello stesso Wieacker, ed è contenuta nelle parole da lui pronunciate a Firenze, il 27 aprile 1981, in occasione della presentazione della traduzione italiana della ' Privatrechtsgeschichte ' (v. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10 (1981), p. 515).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOAQUÍN VARELA SUANZES

LA MONARQUIA EN LA TEORIA CONSTITUCIONAL BRITANICA DURANTE EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XIX (1)

1. Introducción: De Locke a Paine. — 2. La defensa de la Monarquía parlamentaria en la *Edinburgh Review* a comienzos del siglo XIX. — 3. El « *cabinet system* » en la obra de Thomas Erskyne, Lord Russell y J. J. Park. — 4. La alternativa asamblearia y republicana: James Mill y Jeremy Bentham. — 5. Austin y la perspectiva jurídica de la Monarquía inglesa. — 6. Conclusión: continuidad y cambio en la teoría constitucional británica de los siglos XVIII y XIX

1. *Introducción: De Locke a Paine*

Según las tesis que Jhon Locke expuso en el « Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil », publicado en 1690, la Monarquía inglesa estaba limitada por el derecho y había sido establecida por el pueblo mediante un contrato revocable, con el objeto de ser útil a la colectividad. Si bien la soberanía seguía residiendo en el pueblo, el órgano supremo del Estado era el Parlamento, esto es, el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes. Estos tres órganos estaban sometidos a un conjunto de controles y equilibrios mutuos, de tal forma que ninguno de ellos podría ejercer nunca un poder absoluto. Las dos Cámaras ejercían la función legislativa, pero el Monarca podía oponerse a la aprobación de las leyes mediante su veto. A su vez, las Cámaras podían negar al Monarca los recursos

(1) Este artículo forma parte de un estudio mucho más amplio, todavía inédito, sobre « *La Monarquía en el pensamiento Europeo: 1688-1833* » y ha sido elaborado gracias a dos Ayudas a la Investigación concedidas por el Ministerio Español de Educación. La primera me permitió investigar en la Biblioteca de la *London School of Economics and Political Science* y en la *British Library*, durante la primavera de 1988. La segunda, me permitió ampliar estas investigaciones en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, durante la primavera de 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

financieros necesarios para que éste y su Gobierno llevasen a cabo la función ejecutiva y la federativa (dos funciones que Locke distingue, identificando a esta última, en parte, con lo que más tarde se llamaría función de gobierno o de dirección política). Además, las dos Cámaras podían controlar la acción del ejecutivo mediante el « *impeachment* ». La Monarquía inglesa se configuraba, así, como una « Monarquía moderada » — expresión de raigambre tomista —, que, a juicio de Locke, era la forma de gobierno más adecuada para conservar los « derechos naturales » de los individuos, especialmente los de propiedad y seguridad (2).

La mayor parte de los teóricos de la Constitución inglesa del siglo XVIII aceptarían la doctrina de Locke en sus rasgos esenciales, excepto en la peligrosa dualidad que éste había establecido entre la soberanía del pueblo y la supremacía del Parlamento. Una dualidad que Blackstone, volviendo a las tesis de Sir Thomas Smith, se ocupará de superar en el Libro Primero de sus « *Commentaries on the Laws of England* », publicados entre 1765 y 1769, afirmando tan sólo la soberanía del Parlamento como el rasgo básico del derecho público inglés y olvidándose de la soberanía del pueblo y de su supuesto derecho de resistencia, que Locke había también sustentado en la obra antes citada. La teoría constitucional del setecientos colmaría también la laguna que Locke había dejado al no mencionar al Poder judicial como un poder independiente. Una laguna que resultaba insostenible después de que Montesquieu publicase, en 1748, *De L'Esprit des Lois*.

Pero, aparte de aquella corrección y de este añadido, Bolingbroke, Montesquieu, Hume, Blackstone, De Lolme e incluso Paley, siguieron hablando a lo largo del siglo XVIII de la Gran Bretaña como una « Monarquía moderada » o « Mixta », como prefería decirse ahora, y de su Constitución como fruto de un exquisito y fructífero equilibrio entre el Rey, los Lores y los Comunes, que hacían de la Gran Bretaña la Nación mejor constituida del mun-

(2) *Cfr.* Jonh LOCKE, *Two treatises of Civil Government.* Libro Primero, *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, capítulos XI, XII y XIII. Se ha consultado la edición de Everyman's Library, Londres, 1986, con una *Introducción* de W.S. Carpenter.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

do (3). Lo significativo era que estas premisas, básicamente elaboradas por Locke a fines del XVII, como se acaba de decir, siguiesen repitiéndose pese a quedar invalidadas en la práctica por la parlamentarización de la Monarquía debido al desarrollo del sistema de Gabinete (el *cabinet system*). Un sistema de gobierno que había comenzado a asentarse durante el reinado de los dos primeros Monarcas de la casa de Hannover, particularmente en la época en que Walpole estuvo al frente del Gobierno, y que había recibido una gran impulso, ya con Jorge III, durante la guerra de Independencia de los Estados Unidos de América (4).

Pese a la indiscutible hegemonía de la concepción lockeana de la Monarquía a lo largo del siglo XVIII, en el último tercio de este siglo algunos escritos habían conseguido centrar la atención de la teoría constitucional sobre la idea de que en el Gabinete se combinaban y se concentraban los poderes ejecutivo y legislativo. Entre estos escritos es preciso citar dos: *Thoughts on the Cause of the Present Discontents* (1770) y *Fragment on Government* (1776). En el primero Burke defendía el sistema parlamentario como única alternativa al gobierno personal de Jorge III (5), mientras que en el segundo Bentham ridiculizaba las tesis constitucionales que Blacks-

---

(3) Sobre la teoría constitucional del setecientos acerca de la Monarquía *Vid.* dentro de una bibliografía muy amplia, los cinco primeros capítulos de la obra de M. J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, 1967. *Vid.* asimismo, E. Neville WILLIANS, *The Eigteenth -Century Constitution. 1688-1815. Documents and Commentary*, Cambridge University Press, 1977.

(4) Sobre el desarrollo del sistema parlamentario en la Inglaterra del siglo XVIII la bibliografía es muy extensa. Una buena selección puede encontrarse en la obra de E. Neville Willians citada en la nota anteiror. Sobre esta cuestión, pero desde un punto de vista más próximo a la Ciencia Política que a la Historia Costitucional, *Vid.* también las clásicas obras de Harold. LASKY, *Parliamentary Government in England,* Londres, 1938; Ivor, JENNINGS, *The Cabinet Government,* Cambridge University Press, 3 edición, 1961; Keith, BERRIADE, *The British Cabinet System,* Stevens and sons, Londres, 2 edición, 1952. A. H. BIRCH, *The British System of Government,* George Allen and Unwin, 3 edición, Londres, 1975. Jhon MACKINTOHS, *The British Cabinet*, Stevens and Son, 3 edición, Londres, 1977.

(5) Este escrito puede verse en *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, edición de Paul Langford, Oxford University Press, Oxford, 1981, Vol. II, págs. 241-323. Sobre las ideas constitucionales de Burke, y en particular sobre las que sostiene en este escrito, *Vid*. el trabajo de Michel GANZIN, *La Pensée Politique de Edmund Burke*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, cap. II, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tone había expuesto en sus célebres « Comentarios », mostrando que el Rey y las dos Cámaras del Parlamento, lejos de ser tres órganos o partes « enteramente independientes », como aquél había afirmado, estaban estrechamente conectados entre sí (6).

Pero la concepción lockeana de la Monarquía no fue solamente puesta en entredicho en la literatura política y constitucional, sino también en los debates parlamentarios, sobre todo a partir de la dimisión de Lord North, en 1782, que supuso un hito de gran trascendencia en el desarrollo del sistema parlamentario de gobierno. En ese decisivo año, Charles James Fox, el más sobresaliente político *whig* del último tercio del siglo XVIII, manifestó en los Comunes que el Rey debía elegir a sus Ministros teniendo en cuenta ante todo « la opinión pública, la voluntad del Parlamento y, en definitiva, la del pueblo ». Y añadía: « una Administración en la cual los Comunes no tengan confianza, no es una administración segura para albergar el gobierno de esta nación en esta crisis... No basta con decir « Yo soy Ministro porque Su Majestad ha querido que lo sea » (7).

A todo ello es preciso añadir que los ataques al « *Cabinet System* » — al identificarlo con la corrupción — por parte de los más destacados demócratas ingleses de fines del siglo XVIII y principios del XIX, como Paine, Cartwright y Cobbet, contribuyeron no poco a difundir la convicción de que la dirección política estatal se hallaba

---

(6) « ... Quienes consideren la influencia que el Rey y muchos Lores ejercen sobre la elección de los miembros de la Cámara de los Comunes, el poder que el Rey tiene para disolver, con una simple advertencia, dicha Cámara; quienes consideren la influencia que el Rey tiene sobre ambas Cámaras, mediante la concesión de dignidades y cargos y la destitución de los mismos; quienes consideren que el Rey, por otra parte, depende para su diario sustento de ambas Cámaras, pero, sobre todo, de los Comunes (por no mencionar otras muchas circunstancias que podrían apuntarse), podrán juzgar de la verosimilitud de las opiniones de nuestro autor (esto es, de Blackstone) cuando tan rotundamente formula tal aserción ». *A fragment on Government,* cap. III, 6., Cambridge Texts in The History of political Thought, Cambridge, 1988...

(7) *Apud*, W.C. CONSTIN y J. Steven WATSON, *The Law and working of the Constitution, Documents. 1660-1914*, Londres, Adam and Charles BlackCostin and Watson, Vol. I, pag. 241. Dos más años más tarde, Fox, también en los Comunes,sostuvo que al corresponder a la Cámara Baja la protección « de los derechos del pueblo », debía reconocerse a dicha Cámara la competencia « para oponerse a la elección de los Ministros ». *Apud.* WILLIANS, *op. cit.* pág. 98.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cada vez más en un Gabinete responsable primordialmente ante los Comunes. Thomas Paine, por ejemplo, en su influyente libro *Rights of Man*, escrito en 1791 al calor de la revolución francesa, y en donde no oculta sus simpatías por la República presidencialista americana, llegó a sostener que lo que en Inglaterra se llamaba Rey, era el Gabinete; y como el Gabinete era siempre una parte del Parlamento, el sistema inglés de gobierno se convertía en una « enigma permanente », que necesitaba la corrupción para que pudiese funcionar y que desembocaba inexorablemente en un « *Government by committee* » (8).

En el primer tercio del siglo XIX, como se tratará de exponer a continuación, la doctrina de la Monarquía Mixta y, lo que a ella era consustancial, la teoría del equilibrio constitucional (*balanced constitution*) y de la división de poderes, se fue abandonando por considerarse que no respondía ya a la realidad constitucional. Pero con este abandono se fue abriendo una nueva escisión entre los partidarios de la Monarquía parlamentaria, como la *Edinburgh Review*, Lord Russell y Park, y los partidarios de una alternativa democrático-radical, basada en un sistema asambleario de gobierno, como James Mill y sobre todo el último Jeremy Bentham, autor del « Código Constitucional », mientras que Jhon Austin ocupa una posición diferenciada de unos y otros en razón de la perspectiva eminentemente jurídica, aunque no constitucional en sentido estricto, con que enfoca la Monarquía británica.

2. *La defensa de la Monarquia parlamentaria en la « Edinburgh Review » a comienzos del siglo XIX.*

El problema de la emancipación de los católicos, que se planteó a principios del siglo XIX — aunque no se resolvería hasta 1829 —, provocó una importante polémica sobre la responsabilidad de los Ministros. La cuestión de fondo estribaba en anular las restricciones que los católicos seguían teniendo en el uso de sus derechos políticos, sobre todo en el ámbito electoral, pues desde la Ley de

(8) Un Gobierno en el cual *», the advisers, the actors, the approvers, the justifiers, the persons responsible, and the persons not responsible, are the same persons ».* Se ha consultado la edición de Penguin Books, Londres, 1984, pág. 141.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Unión con Irlanda, aprobada en 1801, aquéllos eran electores, pero no podían acceder a la Cámara de los Comunes. El deseo de mantener el *statu quo* era tenazmente defendido por la Corona, por los Lores y, desde luego, por la Iglesia Anglicana, pero también por muchos sectores del *establishment*, que temían que un cambio en esta injusta situación serviría para alentar políticamente las tendencias secesionistas de Irlanda (9). Pero lo que interesa ahora destacar es que al socaire de este debate se puso sobre el tapete la cuestión de la responsabilidad política de los Ministros ante el Parlamento y la centralidad del Gabinete en la realidad constitucional inglesa. Cobbet, siguiendo a Paine, atacó las premisas básicas del *Cabinet System*, pronunciándose a favor de excluir a los Ministros de la Cámara de los Comunes (10).

En Julio de 1807, tales tesis tuvieron una respuesta anónima, como solía ocurrir en la época — en la revista *Whig*, *The Edinburgh Review*, ampliada en un artículo aparecido pocos meses después (11). Esta respuesta no se basaba en la idea dieciochesca de la Constitución, sino en una visión realista de la misma, en la que se ponía de relieve el papel del Gabinete en el entramado de la Monarquía inglesa como vínculo que unía y armonizaba los poderes ejecutivo y legislativo. El anónimo articulista comenzaba señalando que el equilibrio constitucional entre el Rey, los Lores y los Comunes no era más que la traducción institucional del compromiso social al que habían llegado en la Gran Bretaña el Monarca, la aristocracia y la burguesía, esto es, el sector del pueblo caracterizado por su « talento » o por su « industria » y deseoso siempre de adquirir

---

(9) Sobre el debate jurídico y político durante el primer tercio del siglo XIX, *Vid.* el clásico trabajo de A.V. DICEY, *Lectures on the relation between Law and Public Opinion in England during the nineteenth century, Macmillan and Co. Londres, 1930*, pags. 63-125. *Vid.* también, H.J. HANHAN. *The Nineteenth Century Constitution. 1815-1914. Documents and Commentary,* Cambridge University Press, 1969.

(10) *Cfr.* VILE, *op. cit. pág. 216.*

(11) *Vid,* el Vol. X, págs. 411 y ss. y el Vol. XIV, págs. 300 y ss. Sobre el ideario de esta revista y sus conexiones con el partido *whig*, *vid.* el reciente artículo de Bianca FONTANA, *Whigs and liberals: the « Edinburgh Review » and the « liberal movement » in nineteenthcentury Britain*, en *Victorian Liberalism. Nineteenth-century political thought and practice*, *edited by Richard Bellamy*, Routledge, Londres-Nueva York, 1990, págs. 42-57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poder e influencia. El equilibrio constitucional seguía siendo, a su juicio, la piedra angular del sistema británico de gobierno y la garantía básica de la libertad. Pero ello no le impedía reconocer que aquel equilibrio constitucional había cambiado de sentido con el transcurso del tiempo. Hasta la Revolución de 1688, el Rey, los Lores y los Comunes ejercían de forma separada diversas funciones, a veces concertadamente y otras con hostilidad. Pero a partir de la Revolución, el ejercicio de estas funciones comenzó a llevarse a cabo de forma cada vez más interrelacionada y, por tanto, dependiente, comenzando entonces « el reinado del valimiento y de la ordenada libertad » (*the reign of influence and regular freedom* » (12). A resultas de ello, la Cámara de los Comunes fue ganando peso en el entramado institucional. Ello no significaba que el equilibrio constitucional, del que habían hablado los más celebres comentaristas de la Constitución durante el siglo XVIII, hubiese desaparecido. Sencillamente, se había transformado, pues no se mantenía, separadamente, entre las tres instituciones básicas previstas por la Constitución, el Rey, los Lores y los Comunes, sino en el seno de esta última Cámara (13). En ella, en efecto, estaba presente la Corona — esto es, la Monarquía — a través de los Ministros y de otras personas que ocupaban altos cargos en la Administración; la Aristocracia, que enviaba a la Cámara Baja Pares muy destacados del Reino, merced al poder y a la ascendencia social que todavía seguía teniendo; y, por supuesto, la Democracia, puesto que gran parte de los Diputados estaban allí gracias a la confianza que en ellos habían depositado sus electores. La colisión entre los tres elementos de gobierno, en principio rivales — la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia, o, dicho desde otro punto de vista, la Corona, los Lores y los Comunes —, se evitaba ahora mediante la mixtura de estos tres elementos y, ciertamente también, mediante el reconocimiento — tácito, pero no menos eficaz — de la supremacía de los Comunes, de tal forma que en ellos residía « toda » la función legislativa, sin que fuese concebible ni el rechazo de los Lores a una ley aprobada por los Comunes ni el veto regio a una ley aprobada por ambas Cámaras (14). Prueba

(12) *The Edinburgh Review,* Vol. XIV, págs. 300.
(13) *Cfr. Ibidem*, Vol. X, pág. 413.
(14) *Ibidem*, Vol. págs. 413-4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de esto último era que desde hacía cien años, ningún Ministro había tenido el valor de interponer el veto regio a ninguna iniciativa de las dos Cámaras del Parlamento, incluso cuando aquella había sido aprobada por una estrecha mayoría. Por consiguiente, en orden a ejercer sus funciones constitucionales en la Cámara Baja con seguridad, se había hecho necesario que el Rey y las grandes familias las ejerciesen, no desde fuera y contra los Comunes, sino dentro de ellos y junto a ellos, esto es, a través de la « influencia », que seguía siendo necesaria para mantener el equilibrio constitucional (y, por tanto, también el equilibrio social), aunque su único defecto estribaba en que no estaba regulada ni siquiera reconocida por « el derecho público del país », siendo practicada « de manera oculta e incluso clandestina » (*in a sort of covert and underhand manner*), lo que le daba una apariencia de culpabilidad, que impedía ser abiertamente defendida. Pero era indudable que mediante la « influencia » y el patronazgo de la Corona y la Aristocracia en la Cámara de los Comunes, el equilibrio de poderes, lejos de perderse en beneficio del creciente poder de la Cámara Baja, se había mantenido (15).

Por otra parte, y en respuesta a las demandas democráticas de Cobbett, a pesar de este « silencioso pero muy importante » cambio en la Constitución, el veto regio seguía teniendo sentido como poder de reserva, esto es, « en caso de un violento o repentino ataque » contra las bases de la Constitución, del mismo modo que la Cámara de los Lores seguía siendo útil como « un segundo y más dignificado Senado », capaz de contrarrestar las pasiones y los prejuicios de la Cámara Baja. Una Corona robusta y unos Pares influyentes servían además para impedir que una omnipotente Asamblea fuese guiada solamente por los sentimientos de una sola clase social, esto es, del pueblo representado en los Comunes (16).

En Septiembre de 1814 y en un interesante artículo titulado *Cortes of Spain* (17), destinado a comentar la *Teoría de las Cortes*, del historiador español Francisco Martínez Marina, *The Edinburgh Review* volvía a reflexionar sobre el sistema inglés de gobierno. Comenzaba el articulista criticando abiertamente el modelo consti-

(15) *Ibidem*, *Vol. XIV,* pág. 300.
(16) *Ibidem*, Vol. XIV, pág. 301 y ss.
(17) *The Edinburgh Review*, Vol. XXIII, Julio-Septiembre, 1814, n XLVI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tucional que la Constitución francesa de 1791 y la española de 1812 habían puesto en planta, defendiéndo en contrapartida el sistema parlamentario consagrado por la Constitución inglesa. El articulista, amparándose en Hume, no dudaba en afirmar que el Estado debía fundarse, « no en el derecho divino, ni en el contrato social, sino en el consentimiento general y en el acuerdo tácito del pueblo » (18). Pero de tales asertos no podía deducirse que un Estado, para ser legítimo, tuviese que reservar al pueblo una porción del poder público, mucho menos cuando aquél carecía de la educación necesaria para participar en los asuntos públicos, como ocurría con el pueblo español. Cualquier pueblo, añadía el articulista, debía ser gobernado por « la opinión », — « o si los admiradores de Mr. Paine no están de acuerdo con esta palabra, por el prejuicio » pero, claro está, tan sólo por aquella opinión capaz de comprender, por ejemplo, « a Locke y a Rousseau », y aún así de acuerdo con la « moderación » necesaria para que dicha opinión ilustrada no se descarriara por peligrosos senderos (19). A tenor de tales premisas, el articulista no condenaba tanto el principio de soberanía nacional proclamado en la Constitución francesa de 1791 y en la española de 1812, cuanto las consecuencias que de aquél habían extraído los constituyentes franceses y los Diputados liberales, particularmente la exclusión de una Segunda Cámara formada por los representantes de la nobleza y del Clero, capaz de servir de contrapeso a la « Asamblea popular » (20).

Sin embargo, la principal crítica que se hacía al primer constitucionalismo revolucionario francés y español se hallaba en la forma en que habían concebido las relaciones entre el Rey, los Ministros y las Cortes. Para el anónimo autor de este artículo el hecho de que los Ministros no pudiesen formar parte del Parlamento era « un error fatal » (21). El gobierno de una nación civilizada y moderna, basada en la libertad, no debía, a su juicio, estar en manos del Rey, ni tampoco del Parlamento, sino en el de aquellas personas que gozasen de la confianza del pueblo, esto es, de la parte de la

(18) *Ibidem*, pág. 380.
(19) *Cfr. Ibidem*, págs. 380-2.
(20) *Cfr. Ibidem*, pág. 362.
(21) *Ibidem*, pág. 362.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

población ilustrada, en la que residía el derecho de elegir sus representantes en la Cámara de los Comunes (22). Para ello, claro está, era preciso que los Ministros fuesen miembros del Parlamento, como ocurría en Inglaterra. De ahí su crítica a la incompatibilidad entre el cargo de Ministro y la condición de Diputado que había establecido la Constitución francesa de 1791 y la española de 1812. « En la actualidad, — escribía el desconocido comentarista — los representantes del pueblo gobiernan, de hecho, el país. Los dirigentes más destacados del Parlamento van desde la Cámara de los Comunes al despacho del Rey (*King's closet*) y allí sacian el objetivo de su ambición. A la Corona se le habilita para consentir graciosamente en lo que se le ha pedido con vehemencia, mientras el Ministro debe su situación al favor del pueblo, y éste ve cumplidas sus pretensiones sin los riesgos de la indecencia y del tumulto » (23). En realidad, a juicio de este anónimo autor, en Inglaterra, en aquel entonces, el Rey desempeñaba « un oficio parecido al del *governor* en una máquina de vapor: da salida al exceso de fuerza e impide el trabajo excesivo de la máquina » (24). Ello confería a la Constitución inglesa una evidente superioridad sobre cualquier Monarquía y República, al evitar que la elección de los Ministros correspondiese de forma ilimitada al Monarca y, al mismo tiempo, al poner ciertos límites a la ambición de los representantes del pueblo, mediante los controles que ejercía la Cámara de los Lores y el propio Monarca (25). La Constitución de Cádiz, en cambio, como antes la de 1791, había negado a los estamentos privilegiados una representación propia, lo que le acercaba a una republica democrática, mientras que había concedido al Rey « amplias e indefinidas prerrogativas », como la de nombrar libremente a sus Ministros, lo que le acercaba

(22) « *It is most essential to the peace of a civilized country, that the Government should be administered by persons, who have in some degree the confidence, and at all events the respect, of the body of the nation... indeed it is a necessary feature of a free state, that it should be governed by those who are intrinsically of importance in the eyes of the people* » *Ibidem*, pág. 362-3.

(23) *Ibidem*, pág. 363.

(24) « *The King at that time performs an office something like that of the « governor » in a steam engine; he gives vent, to the excess of force, and prevents the overworking of the machine* ». *Ibidem*, pág. 363.

(25) *Ibidem*, pág. 363-4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a una Monarquía despótica (26). Pero, además, al ordenar una separación radical entre el cargo de Ministro y la condición de Diputado — una separación tan elogiada por Martínez Marina — había diseñado un sistema de gobierno que, lejos de posibilitar el buen funcionamiento del Estado, como ocurría en Inglaterra, hacía de éste algo difícilmente manejable en caso de los dos principales poderes del Estado no coincidiesen en sus puntos de vista (27). De ahí que, a su juicio, la Constitución de Cádiz « contenía dentro de sí misma la semilla de su propia destrucción y estaba pensada para ocasionar ese último llamamiento a las armas, que es el objetivo que todo sistema sabio de gobierno debe evitar » (28).

3. *El « cabinet system » en la obra de Thomas Erskine, Lord Russell y J.J. park*

Con este análisis del sistema inglés de gobierno venía a coincidir Thomas Erskine en un curioso libro publicado tres años después, en 1817, con el título de « *Armata* », en el que ponía de manifiesto que la teoría dieciochesca del equilibrio constitucional resultaba entonces de todo punto inadecuada. A juicio de este autor, la principal virtud de la Constitución inglesa había consistido durante siglos en el prodigioso equilibrio de sus poderes, objeto constante del orgullo nacional y admiración del mundo entero, así como la más importante garantía de la libertad personal. Pero desde el siglo XVIII, sobre todo desde la época en que había estallado la guerra con las colonias americanas, este equilibrio había ido desapareciendo en perjuicio de la Corona y en beneficio de los Comunes. Este proceso había continuado desde entonces, hasta el extremo de que « el antiguo sistema de gobierno se había trastocado por completo » (29). Para Erskine, en efecto, no había duda de que « el poder ejecutivo del Estado en su totalidad » ya no residía en la Corona, incapaz de ejercer su « influencia », sino en los Comunes, que se habían trans-

(26) *Ibidem*, pág. 262.

(27) « *But the Court and the country being separated wide under, how is the business of government in that case to proceed ?* », *Ibidem*, pág. 365.

(28) *Ibidem*, pág. 365.

(29) *Armata*, Imprenta de Jhon Murray, 4 edición, Londres, 1817, Vol. I, pág. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formado en una Cámara « enteramente nueva » y todopoderosa, aunque « en teoría » sus poderes siguiesen estando limitados y definidos. Es cierto que tales cambios no habían cristalizado en una nueva organización del poder público, pero para Erskine habían creado, « en cierto modo, una nueva Constitución » (30).

A parecidas conclusiones llegaba también el *whig* Lord Jhon Russel en su libro *An Essay on the History of the English Government and Constitution, from the Reign of Henry VII to the present time,* publicado por vez primera en 1821 (31). Russell, gran admirador de Fox y de Lord Holland, retrocedía todavía más que Erskine a la hora de fijar el nacimiento del *cabinet system*. A su juicio, la revolución de 1688 « prodigiosa combinación de audacia y prudencia » (32) — había establecido en Inglaterra un sistema de gobierno que se caracterizaba, no por el equilibrio entre las diversas partes de la Constitucion, como había sostenido la mayor parte de los publicistas del siglo XVIII, sino por su « armonía ». Una armonía que había reportado « al pueblo, su libertad; al Parlamento, su autoridad; y al Trono, su estabilidad » (33). Esta armonía era incompatible con la tesis del equilibrio constitucional y desde luego con la división de poderes, que para Russell sólo podía predicarse respecto del poder judicial, pero no del ejecutivo y del legislativo (o « deliberativo », como prefiere llamarlo). Dos poderes estos últimos que en todas las Constituciones, y no sólo en la inglesa, tenían « entre sí una influencia continua y recíproca » (34).

A la hora de constituir un Estado lo más importante era, para Russell, delimitar de forma adecuada las competencias del poder ejecutivo. A este respecto, la mejor solución era, a su entender, la que se había articulado en Inglaterra desde la revoluciona de 1688, en virtud de la cual, el poder ejecutivo se había depositado en manos

---

(30) *Ibidem*, pág. 67.

(31) Londres, Longman, Hurst, Rees, Orme and Brown. Se ha consultado también la excelente traducción francesa de Charles Bernard Derosne, *Essai sur l'Histoire du Gouvernement et de la Constitution britanniques, depuis le règne de Henri VII jusqu'a l'Époque actuelle... traduit de l'anglais par Charles Bernard Derosne,* París, 1865, con una interesante Introducción de Lord Russell.

(32) *Ibidem*, pág. 79.

(33) *Ibidem*, págs. 124-5.

(34) *Ibidem*, pág. 115-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de un Rey hereditario, pero solo « nominalmente », pues en la práctica tal poder era ejercido por una Ministerio responsable ante el Parlamento. « Esta doctrina de la responsabilidad ministerial- afirma Rusell — conduce a que los Ministros deben gozar de la confianza de los Comunes, pues de otro modo sus decisiones se encontrarían con obstáculos insalvables para llevarse a cabo... lo que a la postre ha supuesto (desde la revoluciona de 1688) poner a la Corona bajo la dependencia del Parlamento. Simplemente con manifestar la intención de suprimir los subsidios, el Parlamento puede, por tanto, paralizar la politica del Rey y obligar a que sus Ministros dimitan. De este modo, la Cámara de los Comunes controla de la manera mas segura y eficaz los actos del Magistrado supremo » (35).

Russell, en definitiva, venía a sostener que lo que se había establecido en Inglaterra desde la revolución de 1688 no era la Monarquía constitucional, sino la parlamentaria, con lo que se dejaba llevar por un « *wishful thinking* » a la hora de enjuiciar la realidad histórica (como, por cierto, sucedería más tarde con Bagehot y Gladstone). A Russel, que no era un historiador, sino un político profesional que llegaría a ocupar los más altos puestos en el Gobierno, no le preocupaba tanto reflejar fielmente lo que había ocurrido, cuanto lo que debía ocurrir y lo que, en efecto, acabaría ocurriendo.

Russell subraya también la importancia del bipartidismo en el proceso de parlamentarización de la Monarquía inglesa, aunque incurriendo de nuevo en no pocas extrapolaciones, por ejemplo cuando señala que ya en la época de Walpole un partido había comenzado a dirigir el país a través de la Cámara de los Comunes, convirtiéndose ésta desde entonces en « el centro de gravedad del Estado ». En realidad, Rusell, a diferencia de lo que habían sostenido Halifax, Bolingbroke y otros muchos autores de renombre, no creía que el sistema de partidos hubiese sido el causante de la corrupción gubernamental durante el siglo XVIII. Era evidente que

(35) *Ibidem,* págs. 121-3. Russel reconoce que desde el reinado de Guillermo el Rey y sus Ministros habían impuesto su política corrompiendo al Parlamento. A pesar de todo, era indudable que sin el consentimiento de este último- forzado o voluntario- no se podía gobernar en Inglaterra desde la revoluciona de 1688.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los Ministros, comenzando por el propio Walpole, habían utilizado su poder para ganarse a los parlamentarios y a los electores. Ahora bien, entre el clientelismo y el caciquismo, de un lado, y el espíritu de partido, de otro, entiende que este último era un camino mucho más plausible para buscar apoyos políticos, al crear unos vínculos mucho más sólidos, duraderos y racionales entre los gobernantes y los gobernados (36). « El más grande beneficio que produce el espíritu de partido escribe Russell — es, quizá, el de formar un cuerpo de las diferentes opiniones existentes en un país en un tiempo dado » (37). Unas opiniones a veces tan violentas, pensaba Russell, que de no existir una confrontación racional entre los partidos con representación parlamentaria, se pondría en peligro el Estado mismo, abriéndose el camino a la revolución. Ciertamente, el político *whig* no negaba que el pueblo inglés pudiese algún día alentar una nueva revolución, pero entendía que antes intentaría algo mucho más civilizado y útil: cambiar de gobierno mediante la aprobación de un voto de censura en el Parlamento. No resulta exagerado afirmar, por todo ello, que después de la apología de los partidos políticos que Burke había hecho en *Thoughts on the Cause of the Present Discontents* (1770) (38), acaso fuese esta obra de Russell la que de manera más decidida defendía la importancia de los partidos en el Estado liberal y, muy en particular, en el sistema parlamentario de gobierno (39).

Poco después de la publicación del libro que se acaba de comentar, aunque no ciertamente como consecuencia directa de ella, fueron creciendo las voces partidarias de modificar el sistema constitucional inglés, sobre todo la elección y composición de la Cámara de los Comunes, cuya centralidad en el Estado constitucional apenas se discutía ya. Durante la segunda década del siglo

---

(36) *Ibidem*, págs. 136-7.

(37) *Ibidem*, págs. 138-9.

(38) En donde el partido político ya no se concebía como una facción, sino como « un grupo de hombres unidos para fomentar, mediante sus esfuerzos conjuntos, el interés nacional, basándose en algún principio determinado en el que todos sus miembros están de acuerdo ». *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, *op. cit.* Vol. II, pág. 317.

(39) Russell llega a afirmar que los partidos políticos eran « el taller de la libertad y de la prosperidad nacionales ». *ibidem*, pág. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pasado se produjo, así, un amplio movimiento en favor de la reforma parlamentaria y electoral. Este movimiento reformista estaba auspiciado por el cartismo y por el radicalismo, a los que se aludirá luego al hablar de James Mill y Benthan, pero a él se sumaban buena parte del revitalizado partido *whig,* así como destacados sectores del partido *Tory*. En 1822, Lord Liverpool, que estaba al frente del Gabinete desde 1812 y representaba al « torismo intransigente », tuvo que dar entrada en el Gobierno a Canning y Robert Peel, dos *tories* menos apegados a los esquemas tradicionales. Ello le obligó a llevar a cabo una política más reformista y, por tanto, menos proclive a reforzar la prerrogativa regia (40). Esta oleada reformista cobró nuevo impulso cuando, en Febrero de 1827, Canning fue nombrado Primer Ministro tras la muerte de Lord Liverpool, quien había regido durante catorce años los destinos del Gobierno de Su Majestad. En Agosto de 1827 Canning muere, sucediéndole Lord Wellington, un *tory* menos partidario de las reformas, pero los « canninguistas » continuaron en el Gabinete y desde él consiguieron aprobar, en 1829, la « Ley para la Emancipación de los católicos » *(Catholic Emancipation Act)*, que hasta ese momento había contado con la firme oposición de Jorge III y Jorge IV, así como con la de los Lores y la Iglesia anglicana. La aprobación de esta ley sirvió para calibrar las relaciones entre el Primer Ministro y el titular de la Corona, y, a la postre, para comprobar de forma fehaciente que era aquél y no éste el que, en caso de discordancia, debía doblegarse a la voluntad de su oponente. En 1829, en efecto, Guillermo IV se vio obligado a prestar asentimiento a esta ley como consecuencia del *ultimátum* de su Primer Ministro, el Duque de Wellington, que

(40) Resulta de interés, a este respecto, señalar que en 1821 Lord Liverpool entendía que en algunas circunstancias el Monarca podía excluir del Gobierno a alguno de sus miembros, aunque éstos siguiesen contando con el apoyo del Primer Ministro y no fuesen objeto de una reprobación parlamentaria. Así debía ocurrir, a su juicio, en tres supuestos: cuando existiese « una marcada discordancia entre el MInistro y la opinión pública »; cuando sobre un Ministro recayese una fundada sospecha de deslealtad a la Corona y, en fin, cuando la conducta personal de un miembro del Gabinete fuese contraria a la moral. *Carta de Lord Liverpool al Earl Bathurst*, 27 de Junio de 1821, *Apud,* H. J. HANHAN, *The Nineteenth Century Constitution. Documents and Commentary, op. cit.* 1969, págs. 41-2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contaba entonces con una amplia mayoría en el Parlamento (41). En Abril de 1831 el partido *whig* gana las elecciones, cosa que no ocurría desde 1783. Al año siguiente se aprueba la « Ley de Reforma », propuesta por el Gabinete presidido por Lord Grey, uno de los discípulos predilectos de Fox. « La reforma de 1832 resume Keir —, al disminuir, si no destruir, el sistema de patronazgo quitó a la Corona el principal medio que poseía de determinar la composición de los Ministerios y asegurarles el respaldo parlamentario adecuado, reforzando la creciente independencia del Gabinete y la supremacia del Primer Ministro. El electorado, aun siendo todavía muy reducido, decidía la composición de la Cámara de los Comunes y, por tanto, obligó al Rey a aceptar como Ministros a los dirigentes de los partidos políticos representados en esta Cámara. Se destruyó la concepción de un equilibrio constitucional entre los Lores y los Comunes, dando la supremacía a éstos. Finalmente, abrió el camino de otras reformas políticas, incluidas las electorales, basadas en la primacía del cuerpo electoral y de los Comunes en la estructura constitucional » (42).

En el mismo año en que se aprobaba la decisiva « Ley de Reforma » — a partir de la cual el Palacio de Westminster, y no la Corte de St. James, se convirtió, definitivamente, en el centro de la vida política y en el núcleo del Estado británico —, apareció la obra que mejor describía la Constitución inglesa según las premisas del « *Cabinet System* ». Su autor era J. J. Park, un desconocido *Barrister at Law* y profesor de Derecho Inglés y Jurisprudencia. El título del libro, sin duda bien buscado, era « *The Dogmas of the Constitution* » y en él se recogían cuatro conferencias de un Curso sobre la teoría y práctica de la Constitución que su autor había pronunciado un año antes en el *King's College* de Londres (43). Park quiso encabezar su

---

(41) *Cfr.* G. H. LE MAY, *The Victorian Constitution,* Duckworth, Londres, 1979. pag. 29 y S.B. CHRIMES, *English Constitutional History*, Oxford University Press, 3ª edición, 1965, pág. 183.

(42) David LINDSAY KEIR, *The Constitutional History of Great Britain Since 1485*, Adams and Charles Black, 9 edición, Londres, 1965. págs. 407-408. Un análisis de esta ley puede verse en Sir Ivor JENNINGS, *Parties Politics*, T. I. *Appeal to the People*, Cambridge University Press, 1950.

(43) *The Dogmas of the Constitution. Four Lectures, being the first, tenth, eleven and thirteenth of a course of the Theory and Practice of the Constitution, delivered at*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libro con una frase de Augusto Comte, extraída de su *Système de Politique Positive,* que era ciertamente muy ilustrativa de las intenciones que le habían guiado al redactar su estudio sobre la Constitución inglesa. Esta era la frase: « *Les savants doivent aujourd'hui élever la politique au rang des sciences d'observation* ». Fiel a esta máxima, Park se define como « un discípulo, o promotor... de la naciente escuela de ciencia política » (44) y como un « constitucionalista científico » (45).

Park se muestra enteramente de acuerdo con el Barón de Stäel, cuando éste, en sus *Letters on England,* había observado que algunos estudiosos de la Gran Bretaña se habían limitado a sistematizar sus leyes constitucionales, explicando su origen mediante conjeturas históricas e hipótesis mejor o peor fundadas, pero olvidándose de observar los hechos, mientras otros, al contrario, habían reparado en los hechos, pero omitiendo comentar las leyes o las instituciones británicas. El expreso objetivo de Park es precisamente el de contrastar ambos puntos de vista, evitando así una visión unilateral de la Constitución inglesa (46).

Park entiende que en una Nación como la Gran Bretaña, en la que no existía un texto constitucional escrito, el método más adecuado para conocer su Constitución no podía ser otro que el de indagar de que modo se habían ido configurando los poderes del Estado y sus respectivos controles, así como de qué manera se fueron divorciando los principios constitucionales de los hechos, esto es, la « Constitución formal » de la « Constitución material », una distinción que desempeña en el pensamiento de Park un papel esencial, como se verá más adelante (47).

King's College, London, in the commecement term of that institution, by J.J. Park, Barrister at Law, The professor of English Law and Jurisprudence, London, 1832.

(44) Págs. XVI-XVII y 26.

(45) *Ibidem*, pág. 113. Park llega a afirmar que era preciso contemplar la historia constitucional de Inglaterra « *with the masterful eye of a skilful physician* ». *ibidem*, pag. 88. Su cientificismo le lleva a proclamase en varias ocasiones ajeno al partido *tory* y al *whig*. Al final del Curso, dirá, no sin orgullo, que « los *whigs* me han llamado *tory*; y los *tories* me han llamado *whig*. Quizá sea esa la mejor prueba de que soy independiente de ambos partidos*, ibidem*, pág. 124.

(46) Pág. 13.

(47) Pág. 31.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pero tal objetivo sólo era posible llevarlo a cabo si se era capaz de ver el cambio constitucional más allá de la continuidad de las instituciones o, dicho de otra forma, si se partía de una premisa básica: el cambio de la Constitución inglesa, sobre todo después de la revolución de 1688, pese al inmovilismo de la teoría constitucional. Park se aparta, así, expresamente de algunas visiones, a su juicio parciales, de la historia constitucional inglesa, escritas por *tories* o por *whigs* (48) y cita, en cambio, con frecuencia y con mucha admiración al « gran jurista germano » Von Savigny (49) — de quien transcribe un largo fragmento de su obra *Von dem Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung*, según la versión inglesa de Hayward (50) —, así como a Sir James Mackintosh (51). Tanto uno como otro tenían en común algo que agradaba a Park: el positivismo historicista, nacido al calor del romanticismo, que les llevaba a insistir en el cambio como elemento esencial de lo histórico. A este respecto, Park cita un largo fragmento de la *History of England*, en el que Sir James Mackinstosh criticaba aquellas versiones de la historia constitucional en las que se transmitía la imagen de una Constitución inalterable a través de los siglos, en la que los *tories* acentuaban la autoridad regia y los *whigs* la atenuaban, pero en ambos casos olvidando que el Estado constitucional no se había formado « de acuerdo con un modelo », sino que todas sus partes y todas sus instituciones habían crecido como consecuencia de « actos ocasionales », de tal forma que si bien este Estado podía ser reducido, en cierto grado, a un sistema, no podía haber surgido de éste (52). Park se distancia, así, de la historiografía constitucional tradicional, representada en aquel entonces por Hallam y más tarde por Stubbs y Gneist (53), para la cual la Carta Magna era un documento « liberal » y la Monarquía del

(48) Págs. 23-4.

(49) Pág. 21.

(50) *Cfr.* págs. XXII- XXIII.

(51) *Cfr.* págs.72 y ss; y sobre todo 84-5.

(52) *Cfr.* pág. 85. Park reproduce la página 71 del volumen I de la mencionada obra de Mackistosh.

(53) W. STUBBS, *The Constitutional History of England in its origins and development,* Nueva York, 1897, reimpresión de 1967, 3 volúmenes. R. GNEIST, *The History of the English Constitution, translated by Philip A. Ashworth,* Londres, William Clowes and son, 1891.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siglo XIII una especie de Monarquía constitucional, sin que hubiese habido ninguno cambio esencial desde entonces en la Constitución británica. Park, siguiendo la naciente historiografía constitucional de signo positivista e historicista (esto es « científica »), representada entonces por Sir James Mackintosh y más tarde sobre todo Maitland (54), insistiría en una visión mucho más dinámica del constitucionalismo, en virtud de la cual se renunciaba a ofrecer una imagen inmutable y demasiado singular de la Constitución británica para insistir en su heterogeneidad a lo largo del tiempo y en su entronque con el constitucionalismo del resto de Europa (55).

La tesis básica del profesor inglés consistía en afirmar que desde la revolución de 1688 había habido en Inglaterra dos tipos de Constitución: una sustancial y otra formal (« *the one in substance, the other in form only* »). La división entre los poderes legislativo y ejecutivo así como el equilibrio entre el Rey, los Comunes y los Lores, que tanto habían alabado los publicistas del siglo XVIII, pertenecían a la Constitución formal, que sólo había existido en la imaginación de estos publicistas. Según la Constitución sustancial o « real », en cambio, los antiguos poderes de prerrogativa de la Corona eran ejercidos realmente por la Cámara de los Comunes, « *como gran Consejo público representativo del país, que participa, y hace oir su voz, en todos los actos del Gabinete* » (56). Park reconoce que antes que él otros tratadistas habían desvelado la existencia de estas dos Constituciones. A este respecto, confiesa expresamente la gran deuda que había contraído con el artículo que, en 1807, había publicado un anónimo autor en la *Edinburgh Review* — comentado páginas atrás — (57). También admite Park su deuda con las obras de Erskine y Russell comentadas aquí, esto es, *Armata* y *View of the English Constitution* (58). Pese a todo, entiende que ninguno de estos publicistas se había atrevido a extraer todas las consecuencias que se

(54) F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 1926. La primera edición de esta obra es de 1908.

(55) Sobre el contraste entre ambas historiografías constitucionales *Vid*. la magistral síntesis de Manuel GARCÍA PELAYO en *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, págs. 249-250.

(56) *Cfr.* págs. 7-8. y ver también 9-11.

(57) *Cfr.* págs. 42-57.

(58) Cfr., por ejemplo, *ibidem,* págs. 110-112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derivaban de la existencia de las dos Constituciones, la « formal » y la « real », a pesar de ser tan susceptibles de demostración como « cualquier postulado de Euclides ». En realidad, todo el empeño de Park se centra en aportar las pruebas necesarias para documentar esta tesis básica. Para empezar, Park ponía en entredicho la dicotomía poder legislativo/ poder ejecutivo, en la que se basaba la teoría dieciochesca de la división de poderes y, por tanto, las doctrinas del « gobierno mixto » y del « equilibrio constitucional ». Así, en efecto, adelantándose a Laband (59), el profesor inglés venía a distinguir entre el concepto formal y el concepto material de las funciones estatales cuando insistía en que, de la misma forma que el Parlamento llevaba a cabo determinadas funciones que no eran legislativas, como la de controlar la acción del gobierno, la Administración (esto es, el Rey y el Gabinete) ejercía funciones que no eran propiamente ejecutivas, sino legislativas, como ocurría con la sanción de las leyes y con la iniciativa legislativa que, en la práctica, llevaban a cabo los Ministros de la Corona con el acuerdo previo de ésta (60).

En realidad, advierte Park, si en vez de quedarse satisfechos con « el sonido de las palabras » se estudiasen rigurosamente « los hechos », se descubriría que la función legislativa y la función ejecutiva no son otra cosa que una « porción » de las funciones del poder político o, dicho con otras palabras, de las « funciones políticas del Estado » (61). A este respecto, Park se detiene en el control que llevaba a cabo el Parlamento sobre la marcha de la política del Estado y sobre las personas responsables de ella. Un control que era posible por cuanto, en realidad, aunque la teoría constitucional más acreditada no hubiese insistido demasiado en este extremo, las dos Cámaras del Parlamento estaban divididas principalmente en dos grandes partidos, el ministerial y el de la oposición, o bien, el de la mayoría y el de la minoría, de tal forma que el Gobierno y la Administración se seleccionaban entre los

(59) Paul LABAND, *Das Staatsrechts des Deutschen Reiches*, 1878. Traducción francesa, *Le Droit Public De L'Empire Allemand,* París, 1901, T. II. cap. VI, págs. 260 y ss.

(60) *Ibidem*, págs. 10-11 y 35.

(61) Pág.28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hombres más valiosos pertenecientes al partido mayoritario en el Parlamento (62). Ello significaba que el Gobierno y la Administración, tan pronto como se formaban, llevaban a cabo no sólo lo que propiamente podía llamarse función ejecutiva, sino también « otra y más importante función », no reconocida por la teoría constitucional: « la gestión, control y dirección de la legislación política en su conjunto, de acuerdo con sus propias opiniones en ciencia política y economía civil » (63). Este ejercicio de la dirección política del Estado — pues de ello, en definitiva, se trataba — cesaba en el momento en que cambiaba la mayoría parlamentaria y el Gobierno quedaba en minoría (64). Estos mecanismos — cuya descripción sería ocioso buscar « en la teoría constitucional al uso », pese a que existían desde hacía tiempo —, daban lugar a un nuevo « sistema de gobierno », que Park no duda en calificar de « parlamentario » (65). En este interesantísimo libro — al que la teoría constitucional europea no ha hecho justicia alguna — Park hacía, pues, una expresa referencia a la función de gobierno o de dirección de la politica, que había pasado desapercibida a los más importantes teóricos de la división de poderes, con la relativa excepción de Locke y Constant (66).

Park subraya también que los controles que, según la teoría tradicional de la Constitución, estaban en manos de sus distintos elementos, se habían convertido en « principios de aplicación extrema », como ocurría con el veto regio a las leyes aprobadas por el Parlamento, que no se ejercitaba desde los tiempos de la Reina Ana, y con la negativa del Parlamento a aprobar los presupuestos del ejecutivo. Tal metamorfosis suponía la « disolución de la Constitución misma » (67). La doctrina del equilibrio constitucional era, pues, una teoría puramente fantasmagórica, que « Blackstone, Montesquieu y De Lolme habían descrito con tanto embeleso como

(62) Págs. 38-9

(63) Pág. 39.

(64) Pág. 40.

(65) Pág. 41.

(66) Sobre la función de gobierno en la teoría constitucional europea, *Vid.* Enzo CHELI, *Atto Político e Funzione D'Indirizzo Politico*, Giuffré, Milán, 1961.

(67) *Ibidem*, págs. 10-11 y 126.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Petrarca había hecho con Laura, un ser también imaginario » (68). El sistema de gobierno basado en la independencia y equilibrio entre el Rey, los Lores y los Comunes había dado lugar a otro bien distinto, « en el cual el ejercicio de la prerrogativa regia, y del gobierno en general, había pasado en la práctica de la Corona al partido mayoritario en la Cámara de los Comunes » (69). De esta Cámara y no de la Corona dependían los Ministros, aunque formalmente éstos siguiesen siendo nombrados por el Rey. La permanencia en el cargo, dependía, primordialmente, asimismo de la confianza de los Comunes y no de la del Rey (70).

Dicho con otras palabras: en los últimos ciento cincuenta años- es decir, desde la revolución de 1688- la Constitución inglesa, considerada en todas sus partes, se había « transformado completamente ». Ahora bien, como muchas de las formalidades constitucionales se habían seguido respetando en muchos aspectos, esta transformación se había producido « silenciosa e imperceptiblemente » ante los ojos de los publicistas más reputados, quienes mantenían que la vieja Constitución inglesa todavía seguía existiendo y que las desviaciones que se habían producido a lo largo de la historia no eran otra cosa que meras y circunstanciales corrupciones de ella (71). Al fin y al cabo, añadía Park, no hay cosa más difícil, ni menos cultivada, que desentrañar « lo que está diariamente ocurriendo ante los propios ojos ». Sobre todo cuando Bolingbroke o Blackstone estaban lejos de aceptar que « la ciencia política » debía elevarse al rango de lo que « los filósofos franceses » llamaban « *les sciences d'observation* » (72).

Park, coincidiendo en este caso plenamente con James Mill y con Bentham, según se verá más adelante, considera posible garantizar la libertad sin necesidad de afirmar la división de poderes. Por eso entiende que Blackstone, siguiendo a Montesquieu, se equivocaba al sostener que cuando la función legislativa y la ejecutiva estaban depositados en las mismas manos la libertad pública no era

(68) *Ibidem*, págs. 60-61.
(69) Pág. 64.
(70) *Cfr.* págs. 129-130.
(71) *Ibidem*, pág. 94.
(72) *Ibidem*, pág. 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posible. Tal afirmación no expresaba una verdad absoluta — un dogma —, sino sólo relativa. Así, en efecto, la libertad seguía siendo posible en la Gran Bretaña pese a la unión de aquellas dos funciones en torno al Gabinete, por cuanto tanto la función legislativa como la ejecutiva seguían estando constitucionalmente limitadas y sometidas a control. Es más, esta unión tenía un indudable efecto positivo: mejorar considerablemente la acción del Estado (73). De lo que se trataba era, sencillamente, de buscar nuevos controles en la organización del Estado. Entre ellos no menciona Park el *recall*, como hará Bentham en su « Código Constitucional », según se verá, pero sí la resistencia al Gobierno por parte de un poder cada vez más influyente: « la opinión pública ». Es más, Park, lúcidamente, señala que la principal tarea que se presentaba a la nueva teoría constitucional era la de asegurar la adecuada estabilidad del Estado, sin apoyarse en la corrupción, así como la de asegurar la libertad popular sin destruir el poder público y sin preferir los prejuicios de las masas a la « verdad científica » (74). De ahí sus temores ante la reforma electoral en ciernes (75), no muy diferentes a los que mostraría Jhon Stuart Mill en sus *Considerations on Representative Government*, (1861) (76).

En definitiva, pues, la obra de Park suponía, sin duda, una aportación muy valiosa a la teoría constitucional del *cabinet system*, que abría nuevos horizontes a la reflexión jurídica y política posterior, particularmente a la del Earl Grey (77), a la de Jhon Stuart Mill y sobre todo a la de Walter Bagehot.

En relación con este último, M. J. Vile, uno de los pocos estudiosos que ha reparado en la obra de J. J. Park, ha subrayado que tanto el método como el contenido de algunas de las conferencias de este profesor presentan una conexión tan estrecha con lo que años más tarde diría Walter Bagehot en *The English Constitution*

---

(73) *Cfr. ibidem*, págs. 114-116.

(74) Págs. 58-1.

(75) *Cfr. ibidem*, págs. 146-150.

(76) Sobre el aristocratismo intelectual de Jhon Stuart Mill, *Vid*. las consideraciones de Josep Colomer en el artículo citado en nota 90.

(77) Henry G. Grey, *Parliamentary Government,* Londres, 1858.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(1867), que resulta difícil pensar que se trató solo de una mera coincidencia (78).

4. *La alternativa asamblearia y republicana: James Mill y Jeremy Bentham.*

Entre la obra de Lord Russell y la de Park, publicó James Mill un artículo titulado *On Government*, escrito inicialmente para un suplemento de la *Encyclopedia Britannica*, que vio la luz en Septiembre de 1820 (79). Se trataba de un trabajo de notable altura intelectual, en el que se condensaban los presupuestos primordiales de la teoría política del utilitarismo y del movimiento radical. La huella de Hobbes, de Locke y, sobre todo, de Bentham era, por consiguiente, manifiesta (80). Tan es así que para Elie Halévy, el más importante historiador del radicalismo filosófico, el ensayo de James Mill suponía una especie de *Summa* de la doctrina de Bentham (81). Asimismo, para Sergio Bucchi resulta indudable que en *On Government* Mill asume el papel de « popularizador » de las ideas de Bentham, al que libera « del virtuosismo estilístico y del peso de la retórica » y le confiere, en cambio, « el rigor y la concisión ». Las dos características, a su juicio, más evidentes y relevantes del ensayo de Mill (82). Siendo todo ello cierto, es preciso tener en cuenta, como se verá más adelante, que las tesis constitucionales que Bentham sostuvo en algunos escritos preparatorios del « *Constitutional Code* », redactados por esas mismas fechas, eran más avanzadas que

---

(78) *Cfr. Ibidem,* págs. 217 y ss.

(79) Se publicó de nuevo, junto a otros ensayos, en 1825, bajo el título *Essays of Government, Jurisprudence, Liberty of the Press and Law of Nations*, Londres, J. Innes, 1825. Esta es la edición que se ha utilizado aquí, de acuerdo con la reimpresión facsimilar llevada a cabo en 1986 por Augustus M. Kelley.

(80) Sobre el pensamiento de James Mill, *Vid,* el volumen II del conocido libro de Leslie STEPHEN, *The English utilitarians,* (publicado inicialmente en 1900), Augustus. M. KELLEY, Nueva York, 1968. *Vid,* asimismo, Joseph HAMBURGER, *James Mill and the Art of Revolution*, New Haven-Londres, 1963.

(81) *Cfr. The Growth of Philosophic Radicalism*, Faber and Faber, Londres, 1972, pag. 154.

(82) Sergio BUCCHI, *Il saggio sul « Governo » di James Mill el le origini del radicalismo filosofico*, en *Il Pensiero Político,* 1986, n2, pág. 184.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

las que mantiene Mill en este trabajo. Ello resulta evidente si se comparan las premisas de uno y otro sobre la Monarquía, sobre la Cámara de los Lores e incluso sobre la extensión del sufragio.

Mill, tras mostrarse disconforme con cada una de las tres formas puras de gobierno, la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia (entendida ésta en su sentido clásico, esto es, como Democracia no representativa), criticaba la vieja doctrina del Estado mixto, esto es, el intento de combinar estas tres formas de gobierno y, por tanto, de atribuir una porción del poder público al Rey, otra a la aristocracia y otra al pueblo, con el objeto de conseguir una voluntad común, capaz de fundamentar la unidad del Estado. Esta doctrina, a juicio de Mill, pasaba por alto que era conforme a la naturaleza humana que el Rey, la aristocracia o el pueblo tratasen de imponer su voluntad sobre las otras dos partes o bien, en caso de que no pudiesen hacerlo, que se aliasen dos de ellas para imponer su voluntad a la tercera. En cualquiera de estos supuestos, « la mezcla de las tres formas puras de gobierno no puede existir », convirtiéndose en una doctrina « completamente quimérica y absurda » (83). Lo mismo ocurría con la célebre « teoría del equilibrio ante las diversas partes componentes del Estado », versión genuinamente británica de la vieja doctrina del « Estado mixto », que no le merecía otra cosa que los epítetos de « *wild, visionary and chimerical* » (84).

Pero estas críticas no le impedían aceptar algunas ideas consustanciales a la teoría del equilibrio constitucional, como la necesidad de vertebrar unos controles entre los diversos poderes del Estado. Es más: a su juicio, la bondad de cualquier sistema de gobierno dependía indudablemente de que tales controles se articulasen convenientemente. Ahora bien, Mill, como Bentham, entendía que el principal control dentro de un Estado debía ser el que ejercía la comunidad o el pueblo, puesto que el fin del gobierno no debía ser otro que la felicidad del pueblo mismo, esto es, el « bien público », como había sustentado Locke, o la mayor felicidad para el mayor número posible de hombres, según había dicho Bentham. Este control solo podía ejercerse a través de la representación. De ahí que la clave del buen gobierno residía, no en dividir acertadamente los

(83) *Ibidem*, págs. 14-15.
(84) *Ibidem*, págs. 15-16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poderes, como había postulado la doctrina constitucional mayoritaria, sobre todo desde Montesquieu, sino en hallar un buen sistema representativo. « La gran dificultad — escribe Mill — consiste en encontrar los medios para constituir un órgano de control cuyos poderes no se vuelvan contra la comunidad para la cual dicho órgano se ha creado » (85). Se trataba, pues, de evitar que el *esprit de corps* se apoderase del órgano electivo, llevándole a buscar su propio interés, en lugar del interés de sus representados. Para ello propone Mill una serie de medidas, como el acortamiento de la legislatura, determinados castigos en caso de abuso de poder por parte de los representantes del pueblo y sobre todo la ampliación del sufragio, yendo más allá en este campo de lo que había sostenido Bentham en sus obras anteriores, como el *Plan of Paliamentary Reform*, escrito en 1817, aunque no respecto de lo que sostendría en su « Código Constitucional ». Todas estas medidas se insertaban en el programa radical y estaban dictadas desde el convencimiento de que « los beneficios del sistema representativo se pierden, si los intereses del cuerpo electivo no son los mismos que los de la comunidad » (86).

Ahora bien, un Parlamento así constituido, no debía ejercer todas las funciones del Estado, sino sólo la legislativa y el control de la función ejecutiva. El ejercicio de esta última función debía recaer, en cambio, en un Rey hereditario, como ocurría en Inglaterra, pues la Asamblea popular era manifiestamente incompetente para ello. Mill entiende necesario, así, conservar la Corona e incluso establecerla allí donde no existiese. Lo mismo opina de la Cámara de los Lores. Tanto aquélla como ésta eran dos instituciones necesarias, a su entender, para el buen gobierno de un Estado y para los intereses del pueblo (87). Al sostener estas premisas, James Mill se alejaría notablemente del último Bentham, el autor del « Código Constitucional », según se verá más adelante (88).

---

(85) *Ibidem*, pág. 18.

(86) *Ibidem*, pág. 21.

(87) *Ibidem*, pág. 27.

(88) Sobre estas diferencias, aunque no las refleje con exactitud, se extiende Jhon Stuart Mill en su *Autobiografía*, cuando señala que a su padre « le era relativamente indiferente el que la forma de gobierno fuese una Monarquía o una República, no así a Bentham, para quien un rey, dado su carácter de « corruptor general », era necesaria-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mill no se muestra demasiado explícito sobre la actividad de control que él asigna al Parlamento, ni sobre el papel que dentro de esta actividad encomienda a la cámara popular y a la aristocrática, del mismo modo que tampoco se extiende sobre las relaciones del Rey con los Ministros y de éstos con los Comunes. Pese a ello, parece decantarse por un sistema de gobierno de corte asambleario, en el que los Comunes se convertían realmente en el centro del Estado, aunque esta propuesta se viese moderada por el reconocimiento de la Monarquía y de un sistema bicameral.

Por este sistema de gobierno se inclina de forma mucho más clara y radical Jeremy Bentham en el *Constitutional Code,* su obra magna, a juicio de muchos estudiosos del filósofo inglés (89), cada vez más interesados en ella (90). El proceso de gestación de esta obra resultó harto complicado. Comenzó a redactarla en 1822, cuando Bentham tenía casi 74 años. Diez años más tarde la muerte le sorprendió sin acabarla, aunque en 1830 apareció un primer volumen, el único que vio la luz durante la vida de su autor, con el título « *Constitutional Code; for the use of All Nations and All Governments professing Liberal Opinions* » (91). Con esta obra, que sin duda

---

mente pernicioso ». Cita a este respecto lo dicho por Bentham en el « *Plan de Reforma Parlamentaria* », escrito en 1817, de donde extrae J.S. Mill la frase entrecomillada. *Autobiografía,* Alianza Editorial, Madrid, 1986, pág. 118. Sobre esta interesante obra de J.S. Mill, imprescindible para conocer el ambiente intelectual de la época que ahora se estudia, *vid.* Joaquín VARELA SUANZES, *Un Liberal en la Inglaterra Victoriana: vida y obra de J.S. Mill*, en *Revista de Occidente,* Diciembre, de 1987.

(89) Como Stephen Conway, por ejemplo. *Vid. Bentham and the nineteenth Century revolution in government,* en *Victorian Liberalism, op. cit.* pág. 76.

(90) El mejor trabajo sobre el Código Constitucional es el de Frederick ROSEN, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Oxford, 1983, *passim*. Resulta, asimismo, de interés el capítulo quinto del libro de Benigno PENDAS GARCÍA, *J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Este libro contiene una clara exposición global, no ceñida a la obra que ahora se comenta, del pensamiento ético, jurídico, político y constitucional del publicista inglés. Resultan también de interés las observaciones que sobre el « Código Constitucional » hace Josep Mª COLOMER en su artículo *Teoría de la democracia en el utilitarismo (en torno al pensamiento político de Bentham)*, en *Revista de Estudios Políticos,* n. 57, 1987.

(91) Sobre la larga elaboración de esta obra, *Vid*. la *Editorial Introduction* al Vol. I. del *Constitutional Code*, editado por F. ROSEN y J. H. BURNS en *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. XI- XLV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

representa « la culminación de su larga carrera como abogado de la reforma y de la codificación » (92), Bentham se propuso concluir su viejo ideal de trazar un Código general de todas las leyes de un Estado constitucional, *the Pannomion,* con el objeto de asegurar el fin básico de todo organización política: « la mayor felicidad para el mayor número » (93). Muy particularmente, Bentham quiso dirigir la obra que ahora se comenta a la opinión publica de habla española y portuguesa. Cosa nada sorprendente, pues España, Portugal e Iberoamérica habían centrado no pocas veces las atenciones del viejo luchador (94).

El hecho de dirigirse a la opinión publica iberoamericana, explica en parte, sólo en parte, que Bentham defendiese en esta obra la República, a diferencia de lo que había hecho James Mill en *On Government,* una obra escrita para la opinión pública inglesa. La defensa de la República es patente ya en algunos manuscritos preparatorios del « Código Constitucional », como el titulado « *Economy As Applied To Office* », escrito a lo largo de 1822 y en donde el pensador inglés no duda en afirmar que el objetivo básico de su filosofía política, « la mayor felicidad para el mayor número », exigía que cualquier órgano del Estado fuese completamente responsable ante el pueblo, lo que era posible en una República, pero no ciertamente en una Monarquía, como ponía de manifiesto en Inglaterra el viejo principio « *king can do no wrong* » (95). La defensa de la República es más explícita todavía en un manuscrito redactado en el mismo año de 1822, entre Junio y Julio, titulado « *Supreme Operative* ». Bentham critica aquí todas las formas históricas de la Monarquía, por entender que en todas ellas existía una contradicción entre el interés general del pueblo y el interés particular del Monarca, que era a la postre el que acababa prevaleciendo. Por tal

(92) *Ibidem*, pág. XI.

(93) Un fin que proclama en el art. 1, cap. II, del Código Constitucional.

(94) *Cfr. Ibidem*, págs. XXXI- XLI. *Vid.* también P. SCHWARTZ, *Bentham Influence in Spain, Portugal and Latin America*, en *The Bentham Newsletter*, 1978.

(95) *Economy As Applied To Office*, en *First Principles Preparatory to Constitutional Code*, editada por Philip Schofield en *The Collected Works of Jeremey Bentham*, Oxford University Press, 1989, pags. 54-5. Sobre este ensayo y sobre otros escritos preparatorios del « Código Constitucional », *Vid.* la *Editorial Introduction,* de esta obra, págs. XV-XXXV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

motivo estima que en toda Monarquía, fuese cual fuese su configuración concreta, predominaba siempre el « avieso interés » y que, por tanto, conducía ineluctablemente al mal gobierno (96). Así había ocurrido y seguía ocurriendo, a su juicio, en Inglaterra, cuya Monarquía mixta, basada en un supuesto equilibrio entre sus partes constitutivas, propendía constantemente « a convertirse en una Monarquía pura » (97). En Inglaterra, además, con el cualquier tipo de Monarquía mixta, el elemento aristocrático y desde luego el democrático, no estaban en la práctica en una posición de igualdad, sino de dependencia respecto del Rey (98). La conclusión general que extrae Bentham de este largo manuscrito es rotunda: en cualquier forma de Estado, excepto en una Democracia, que necesariamente implicaba la República, « los hombres están gobernados por sus enemigos » (99).

En lo que concernía a su patria, Bentham se muestra optimista, pues resultaba evidente que para una considerable y cada vez más crecida parte del pueblo el sistema inglés de gobierno resultaba tan contrario a la felicidad general que las posibilidades de un cambio político profundo habían aumentado considerablemente (100). Una apreciación que no expresaba tan sólo un puro deseo personal. Es preciso tener en cuenta, en efecto, que durante la segunda década del siglo pasado- que había comenzado con la muerte de Jorge III y el acceso al Trono de Jorge IV-, la Monarquía estaba muy desprestigiada entre sectores cada vez más amplios de la sociedad inglesa, especialmente entre aquellos más estrechamente conectados a las clases trabajadoras, influidas por el pujante movimiento cartista y

(96) *Cfr. op. cit.* págs. 155 y 205. En este manuscrito el tono de Bentham es a veces extremadamente duro y panfletario. Así, por ejemplo, cuando afirma que « *every Monarch is a slave-holder upon the largest scale, and in that relation, each correlative is corrupted by the relation he bears to the other. Under a Monarchy, the population is composed of the insulters and the insulted; of the corrupters and the corrupted; of the deluders and the deluded: of bullies and cowards, of hypocrites and dupes* », *ibidem*, pág. 171.

(97) *Ibidem*, pág. 205. *Vid.* La crítica de Bentham al principio del « equilibrio constitucional », en págs. 206 y ss.

(98) *Ibidem*, pág. 223.

(99) *Ibidem*, pág. 216.

(100) *Ibidem*, pág. 217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

por el tradeunionismo. Dos movimientos confluyentes, a los que se había pretendido liquidar, sin éxito, durante la década anterior mediante la aprobación de una legislación reaccionaria, cuyos hitos esenciales habían sido la *Combination Act*, de 1800, destinada a acabar con las huelgas y los sindicatos, y las « Seis Leyes », de 1819, mediante las cuales se restringía considerablemente el ejercicio de las libertades públicas, sobre todo de la libertad de prensa (101). Al desprestigio de la Monarquía- no superado hasta la entronización de la Reina Victoria — había contribuido sobremanera la demencia progresiva de Jorge III, que en 1811 había obligado a que su hijo, el Príncipe Regente, le sustituyese. Este, coronado en 1820 con el nombre de Jorge IV, lejos de aumentar el prestigio de la institución, lo empeoró todavía más durante sus diez años de reinado (hasta Julio de 1830), debido a su irregular conducta privada. Asimismo, la corrupción generalizada en el Estado y en la Iglesia anglicana- denunciada con notable éxito en el *Black Book*, publicado entre 1820 y 1823 (102) — contribuyó al descrédito de la Monarquía y, en general, a la del sistema inglés de gobierno. En este contexto historico, tan proclive al cambio, y con el propósito de conseguir sus objetivos democráticos, Bentham aboga en « *Supreme Operative* » por una reforma constitucional basada en la abolición de la Monarquía y de la Cámara de los Lores (103). Dos ideas radicales que traslada al « *Constitutional Code* », del cual el manuscrito que se acaba de comentar no es más que una parte, sin duda muy importante y significativa.

En rigor, en el « Código Constitucional » su autor dio por supuesto que la República era la forma de gobierno más adecuada a los principios utilitarios y a la democracia representativa, así como la más coherente con la soberanía popular. Una forma de soberanía

---

(101) Sobre este período, *Vid.* con carácter general la obra de Llewellyn WOODWARD, *The Age of Reform, 1815-1870,* Oxford University Press, 2ª edición, 1985. Un comentario a las leyes citadas en DICEY, *Lectures on the relation between Law and Public Opinion... op. cit.* págs. 95-110.

(102) El autor de este libro era John Wade, quien volvió a publicarlo con éxito en 1831, 1832 y 1835. *Cfr.* DICEY, *Lectures on the relation between Law and Public Opinion... op. cit.* pág. 86.

(103) *Cfr.* pág. 220.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que Bentham sostiene al comienzo mismo de esta obra (104), aunque, por supuesto, desde unos supuestos puramente positivistas, que le llevan, a la postre, a sustituir la noción, siempre abstracta, de « pueblo » por la mucho más concreta de « *Constitutive Authority* », compuesta por los ciudadanos a los que el ordenamiento confiere el derecho electoral activo, esto es, todos los varones mayores de 21 años capaces de leer (105). En el pueblo, así entendido, residía la soberanía, no sólo la titularidad de la misma, sino también buena parte de su ejercicio, pues a él correspondía, por ejemplo, elegir a la Asamblea Legislativa (106).

Razonando de este modo, Bentham, volviendo a Locke y separándose de Blackstone y de la práctica totalidad de la teoría constitucional inglesa posterior, distingue entre la soberanía popular y la supremacía del Parlamento, entre la « *Constitutive Authority* » y la « *Legislature* ». El Parlamento, debía ser un órgano « omnicompetente », pero no « omnipotente » y, por tanto, debía estar sometido, no a « límites » (*limits*), pero sí a diversos « controles » (*checks*) (107). A este respecto, Bentham defiende la revocación del Parlamentario a iniciativa de la cuarta parte de los electores. Estos podían también podían revocar a los miembros del ejecutivo y del judicial y exigirles su responsabilidad a través de la *Legislation Penal Judicatory* (108).

---

(104) « *The sovereignity is in the people. It is reserved by and to them. It is exercised, by the exercise of the Constitutive authority* », *Constitutional Code, op. cit. pág. 25.*

(105) *Cfr. op. cit.* cap. V, págs. 29 y ss del. De esta forma, modificaba (en un sentido mucho más democrático) las tesis que había sustentado en obras anteriores, como en *Principles of Legislation* (1802), en *Plan of Parliamentary Reform* (escrita en 1809, aunque publicada en 1817) y en *Radicalism not dangerous* (escrita en 1820).

(106) *Cfr.* capítulos IV y V, págs. 26 a 29.

(107) *Ibidem*, cap. VI, págs. 41 y 42. Pendás recuerda a este respecto, que en una obra anterior, *Of Laws in General*, Bentham viene a distinguir entre el poder constituyente y los poderes constituidos cuando habla del « *originative power* », ejercido por el pueblo, y del « *efficient power* », ostentado por los gobernantes elegidos. *Cfr. op. cit.* pág. 287. Bentham reitera la subordinación del Parlamento al soberano, esto es, al pueblo o cuerpo electoral, en el cap. VII, sección 11, pág. 145.

(108) *Cfr. Ibidem,* cap. IV, pág. 26; Cap. V, págs 31-2 y cap. VI, pag. 111. Pendás observa que « Bentham rechaza la *judicial review* de la legislación inconstitucional, porque entra en conflicto con el principio de la omnicompetencia del legislador; por tanto, habrá de ser el pueblo quien proceda a la remoción y, si es preciso, promueva la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Después del electorado, el Parlamento se configuraba como el órgano central del Estado en el modelo sustentado por Bentham en esta obra. Todos los demás órganos, y primordialmente el ejecutivo, debían estar subordinados a aquél. De esta forma, el publicista inglés volvía a apartarse de la doctrina de la división de poderes, como ya había hecho, de forma indirecta, según se ha visto al comienzo de este trabajo, en el *Fragment on Government*, escrita en 1776, y sobre todo en dos obras escritas en 1790, *False Principle Division of Power* y *British Parliamentary Reform*, en las que sostenía que la principal garantía de la libertad no radicaba en la división del poder público, sino en el control (*the accountability*) de los gobernantes por los gobernados (109). Bentham seguirá criticando la doctrina de la división de poderes en su obra, *Anarchical Fallacies,* escrita en 1795, en donde corroboraba su tesis de que en un Estado debía existir un poder soberano, de tal forma que más que de división de poderes era preferible hablar de división de funciones. Así, por ejemplo, al comentar el célebre artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Bentham señalaba que la separación de poderes, que este artículo consagraba como principio esencial de toda Constitución, era « una idea confusa sacada de una antigua máxima política *divide et impera*... Los poderes separados e independientes no forman en modo alguno un conjunto. Un Estado así constituido no podría mantenerse. Si es necesario un poder supremo al cual todas las ramas de la Administración estén subordinados, habrá distinción en las funciones, pero no habrá división del poder, pues un poder que no se ejerce más que según las reglas trazadas por un superior, no es un poder separado, es una rama de ese poder superior, y tal como él se lo ha dado, lo

---

sanción penal para los miembros del legislativo que aprueben *anti-constitutional offences », op. cit.* pág. 286.

(109) Sobre las tesis de Bentham acerca de la doctrina de la división de poderes, *Vid,* las consideraciones de Frederick Rosen en *The origin of liberal utilitarianism: Jeremy Bentham and liberty*, en *Victorian Liberalism. Nineteenh-century political thought and practice*, Routledge, Londres y Nueva York, 1990, págs. 63-4. *Idem. Libertad constitucional y democracia representativa*, en Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, Vol. I. n 2, Junio de 1992, Santiago de Compostela, págs. 102 y ss. *Vid.* asimismo, Benigno PENDAS GARCÍA, *J. Bentham: Política y Derecho en los Orígenes del Estado Constitucional*, *op. cit.*, págs. 281-288.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

puede también recuperar; tal como le ha determinado la forma de su ejercicio, puede también modificar esa forma a su gusto » (110).

Engarzando con estos planteamientos, en el « Código Constitucional » Bentham estima que la división de poderes era un « *nonsense* » e insiste en la necesidad de sustituir la idea de « división » por la de « dependencia » de los diversas poderes del Estado al órgano elegido por el pueblo, aunque en una línea mucho más próxima a la de un sistema asambleario de gobierno que a la de un sistema parlamentario. El Parlamento, en efecto, debía designar a un « *Prime Minister* », que en cualquier caso no debía ser llamado Presidente, como en el caso de los Estados Unidos, a pesar de representar este país el modelo constitucional al que el publicista inglés se sentía más próximo. Ahora bien, el Primer Ministro no era miembro del Parlamento y no tenía siquiera acceso a ella, salvo invitación expresa, de tal forma que se comunicaba con el Parlamento por escrito, debiendo informar exhaustivamente sobre toda la actividad de gobierno. El Primer Ministro, en cambio, podía ser destituido por el Parlamento, aunque Bentham no mencione explícitamente ni la moción de censura ni el voto de confianza. Asimismo, podía ser revocado por el pueblo, esto es, por los electores. El principal cometido que Bentham confiere al Primer Ministro era el de ejecutar las órdenes del Parlamento, así como el de nombrar y separar a los Ministros y dirigir la Administración civil y militar (111). Los Ministros, por su parte, tenían voz, pero no voto en el Parlamento, pudiendo ser destituidos por éste y por el pueblo, además de por el Primer Ministro (112). Unas premisas, pues, muy alejadas de la realidad constitucional inglesa, no sólo de la que existía entonces,

---

(110) *Traité des Sophismes Politiques*, en Jeremy Bentham, *Oeuvres* en 4 Tomes, traduits pour P.E.L. Dumont et B.Laroche, Reimpression de L'edition de 1829, Bruxelles, Scientia Verlag Aalen, 1969, T.I, pág. 564. Esta obra, aunque escrita en 1795, como se ha dicho, sólo alcanzó gran difusión en Inglaterra y en la Europa continental después de que fuese traducida al francés por el suizo E. Dumont, en 1816. La primera edición inglesa apareció en 1824, bajo el título *The Book of Fallacies: from unfinished papers of Jeremy Bentham, by a friend*, peregrine Bingham, Hunt, Londres, 1824. Sobre E. Dumont, *vid.* Cyprian Blamires, *Etienne Dumont: Genevan Apostle of Utility*, en *Utilitas. A Journal of Utilitarian Studies*, vol. 2, n 1, Mayo, 1990, Oxford Univesity Press.

(111) *Cfr. Constitutional Code, op. cit.* cap. VIII.

(112) *Cfr. Ibidem*, cap. IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sino también de la que se iría vertebrándo en el futuro, aunque el eco de Bentham se detecta en buena parte de la crítica democrática sustentada por la izquierda británica a lo largo de los últimos ciento cincuenta años.

5. *Jhon austin y la perspectiva juridica de la Monarquia inglesa.*

Si la perspectiva con que se aborda el sistema de gobierno inglés en las obras comentadas hasta aquí es, primordialmente, histórico-constitucional (el anónimo escrito de la « *Edimburgh Review* » y los trabajos de Erskine, Russell Y Park) o filosófico-política (Mill y Bentham), el análisis que Austin hace, colateralmente, de esta forma de gobierno se plantea desde lo que hoy llamaríamos « Teoría General del Derecho » o, para decirlo en términos anglosajones, « *Jurisprudence* ». Una materia sobre la cual era Austin un maestro indiscutible, años antes incluso de que, en 1826, recién creada la Universidad de Londres (poco después llamada *University College*), le ofrecieran una Cátedra en esta disciplina. Tan pronto como fue nombrado, Austin decidió ampliar sus estudios en Alemania, por cuyos juristas sintió siempre una profunda admiración (113), llegando a confesar en alguna ocasión que había nacido « *out of time and place* » y que le hubiera gustado ser un « *schoolman* » del siglo XII o un Profesor alemán, como Hugo y Savigny, cuya posición envidiaba (114).

Primero se estableció en Heildeberg, en el otoño de 1827, y más tarde en Bonn, en donde estuvo hasta la primavera de 1828. Allí conoció a Niebuhr, Brandis, Schlegel, Arendt, Welcker, Markeldey, Heffter y otros distinguidos intelectuales. Al regresar a Inglaterra comenzó a dictar sus conferencias sobre Jurisprudencia, en las que se percibe con claridad la influencia filosófica de Hobbes y Bentham, y en menor medida la de Locke y Kant. Respecto de Hobbes,

---

(113) Sobre la biografía intelectual de Austin, *Vid.* el bello y agudo *Prefacio* de su esposa, Sara Austin, a la segunda edición de la obra « *The province of Jurisprudence Determined* », publicada en 1861, sobre la base de la primera edición de 1832. Se ha utilizado aquí la reimpresión de 1970, Burt Franklin, Nueva York, 3 volúmenes. El *Prefacio* se encuentra en las páginas I a XXXVI del primer volumen.

(114) *Cfr. Ibidem,* pág. XVIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Austin, de intachable *pedigree* liberal, rompió una lanza a favor de este gran filósofo, al que el liberalismo europeo tenía catalogado, superficialmente, como el teórico de la tiranía y del absolutismo (115). Austin, por supuesto, se separa de Hobbes en algunos puntos esenciales, como, por ejemplo, en todo lo relativo al origen del poder, además de reconocer que el gran filósofo inglés, influido por la convulsa época en que le tocó vivir, reparó más en los peligros de la desobediencia civil que en los excesos del poder (116). Pero Austin no tiene reparo alguno en confesar que no conocía otro escritor después de Hobbes, « excepto nuestro gran contemporáneo Jeremy Bentham », que hubiese formulado tantas verdades en lo relativo a la necesaria estructura de del Estado y en relación con las más importantes distinciones atinentes al derecho (117). En lo que atañe a Bentham, su influencia sobre Austin fue, en efecto, muy notable, sobre todo en el plano de la filosofía jurídica, en donde cita con frecuencia tanto los « *Principles of Moral and Legislation* » como el « *Traité de Législation* », traducido y difundido por Dumont, aunque en el plano puramente político, Austin no compartiese muchos puntos de vista de Bentham, adoptando aquél unos criterios más conservadores que éste (118). En un campo más estrictamente jurídico y menos filosófico, Austin dialoga a lo largo de toda su obra con los juristas clásicos romanos, de los que tenía un profundo conocimiento, y con diversos juristas alemanes de su época, sobre todo con Hugo, Savigny y Thibaut, además de polemizar con el inevitable Blackstone.

En Junio de 1832 Austin concluyó su Curso, cuyas diez primeras conferencias decidió publicar en ese mismo año, aunque refundiéndolas en seis, de acuerdo con su afinidad temática, con el título

---

(115) Así pensaba, por ejemplo, Benjamín Constant no muchos años antes de que Austin comenzase a impartir sus conferencias. *Vid.* a este respecto el capítulo primero de su *Principes de Politique*, publicados en 1815.

(116) *Cfr.* Vol. I. págs. 249-250.

(117) Vol. I. pág. 251. Vid, en general, las págs. 248 a 253, que contienen una matizada e inteligente defensa de la obra de Hobbes.

(118) Sobre las relaciones entre Bentham y Austin, en las que la esposa de éste tuvo mucho que ver, *Vid.* Joseph Hamburger, *Troubled Lifes: Jhon and Sarah Austin*, University of Toronto Press, Toronto, 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« *The Province of Jurisprudence Determined* (119) ». Su esposa, Sara Austin, confiesa que el libro no tuvo demasiada resonancia (120), a diferencia de lo que había ocurrido con sus conferencias, que no se publicarían completas hasta 1861, ensambladas con el Curso que impartiría en el *Inner Temple*, en 1834 (121). Sin embargo, Wilfrid E. Rumble ha mostrado recientemente que algunas revistas jurídicas y otras de carácter más general se hicieron eco de inmediato de este libro en la Gran Bretaña, tanto en la primera edición de 1832 como en la segunda de 1861 (122). Más tarde las reflexiones de Austin tendrían un gran influjo en el pensamiento jurídico anglosajón, como se dirá más adelante, así como en los pensadores de habla alemana (123).

En sus conferencias Austin aborda, con un extraordinario rigor y con un estilo extremadamente claro y preciso, algunos problemas esenciales para comprender el sistema británico de gobierno desde un punto de vista jurídico. Ciertamente, las conferencias de Austin no formaban un Curso de Derecho Constitucional, sino de « Jurisprudencia », como su título indica, esto es, de Teoría General del Derecho (124). Por ello, solo de pasada examina lo que, en alguna

---

(119) A este título general, se añadía la siguiente aclaración: « *being the first part of a series of lectures on Jurisprudence o the philosophy of positive law* ».

(120) *Cfr. Ibidem,* pags. XIV-XV. Sobre el posterior desarrollo de la vida y la obra de Austin, y particularmente sobre sus estancias en Berlín y París — en donde tuvo oportunidad de conocer a Savigny y Guizot, respectivamente —, *Vid. ibidem*, pags. XVI a XXXVI. De Austin diría Guizot que « *c'était un des hommes les plus distingués, un des esprits les plus rares, et un des coeurs les plus nobles que j'ai connus. Quel dommage, qu'il n'ait pas su employer tout ce qu'il avait, et montrer tout ce qu'il valait* ». *Apud* Sara AUSTIN, *op. cit.* pág. XXII.

(121) Estas conferencias y este Curso se recogen en los volúmenes II y III de la obra citada en la nota 113, con el título, que figuraba en la primera edición de 1861, « *Lectures on Jurisprudence, being the sequel to « The Province of Jurisprudence Determined »*, *to which are added Notes and Fragments now first published form the original Manuscripts* ».

(122) Wilfird E. RUMBLE, *Nineteenth-Century Perceptions of John Austin: Utilitarianism and the Reviews of The Province of Jurisprudence Determined*, en *Utilitas. A Journal of Utilitarian Studies*, Vol. 3, n 2, Noviembre, 1991, págs. 199-216.

(123) Por ejemplo en Kelsen, como éste reconoce en su célebre trabajo « *The pure Theory of Law and analytical Jurisprudence* ».

(124) Sobre el término « *jurisprudence* » en la ciencia jurídica inglesa y en el propio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ocasión, y muy significativamente, llama « el intrincado y enmarañado sistema conocido como Constitución británica » (125). Pero ello no es óbice para que las reflexiones del gran jurista inglés resulten muy interesantes para comprender mejor la naturaleza de la Monarquía inglesa.

Austin, de acuerdo con Locke y Bentham, entiende que el fin de toda organización política, fuese cual fuese su forma de gobierno, debia ser el conseguir la mayor cuota posible de felicidad (126). Desde este punto de vista, el Estado debía legitimarse en el « consentimiento » de los gobernados y solo el pueblo podía considerarse la fuente legítima del poder público (127). Ahora bien, ello no debía conducir, a su juicio, a aceptar la teoría contractualista a la hora de explicar el fundamento del Estado y su fundación histórica. Es más: la hipótesis del pacto social le parece a Austin innecesaria y perjudicial (128), separándose, así, no sólo de Hobbes, como antes se adelantaba, sino también de Kant y de otros publicistas alemanes, como Gentz, quienes, aun negando la existencia histórica del pacto social (su ser, su empiria), lo aceptaban como criterio para determinar los medios y los fines del Estado (su deber ser). Austin, siguiendo a Hume y a Bentham, entiende que no es posible hablar de contrato antes de la existencia del derecho ni, por tanto, del Estado, además de que resultaba imposible explicar históricamente la existencia de un contrato social (129). La Constitución de cada Estado y, por tanto, la forma de gobierno con que éste se configuraba, eran, en realidad, el fruto de varias generaciones y no el resultado de un contrato original (130).

Austin, *Vid.* Gustav RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts,* 1958; traducción italiana, *Lo Spiritto del Diritto Inglese*, Giuffrè, Milán, 1962, págs. 49-50.

(125) Vol. I. pag. 133. En otra ocasión confiesa que no le concierne examinar » los respectivos méritos y deméritos de las diversas formas de gobierno. *Ibidem*, Vol. I. pag. 247. Sobre el pensamiento de J. Austin respecto de la Constitución británica, *Vid.* Wilfrid E. RUMBLE, *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform and the British Constitution*, Londres, 1985.

(126) *Cfr.* I, pág. 264.

(127) *Cfr. ibidem*, Vol. págs. 271-2.

(128) *Cfr. ibidem*, Vol. I. pág. 284. *Vid*. en general, las págs. 264 a 316.

(129) *Cfr. ibidem,* Vol. I. págs. 284, 293, 296 y 303.

(130) *Ibidem*, Vol. I, pág. 304.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una de las formas de gobierno más peculiares era la conocida con el nombre de « Monarquía limitada ». Una forma de gobierno que, en rigor, no podía calificarse de monárquica, sino de aristocrática, pues no era uno el que ejercía el poder, sino varios. El Rey en una Monarquía limitada compartía la soberanía con otros: con el Parlamento, por ejemplo. En rigor, el término « monarquía limitada » encerraba una contradicción en los términos, pues sí era Monarquía no podía ser limitada, y si era limitada no podía ser Monarquía, de igual modo que a Austin le resultaba inaceptable hablar de los « límites de la soberanía », como se verá más adelante. Allí donde el Rey no era soberano no podía hablarse, en buena lógica, de Monarquía. Por tanto, la susodicha « Monarquía limitada » debía considerarse como un tipo de gobierno aristocrático, pero no monárquico, como Hobbes había dejado claro en el *Leviathan*, su obra maestra (131).

Precisamente, la forma de gobierno existente en Inglaterra era la « Monarquía limitada ». Allí el Rey compartía el poder con la Cámara de los Lores y con la Cámara de los Comunes, tres partes que juntas formaban el Parlamento, en donde residía la soberanía (132). Aunque, en realidad, para Austin no era la Cámara de los Comunes, sino el cuerpo electoral que se encargaba de elegirla periódicamente, el órgano en quien residía la soberanía, junto al Rey y a la Cámara de los Lores. Esto es, Austin señala que el Rey y los Lores junto a la Cámara de los Comunes formaban un « cuerpo tripartito que era soberano o supremo ». « Pero — añade —, hablando con mayor exactitud, los miembros de la Cámara de los Comunes son meros depositarios (*trustees*) del cuerpo electoral que los eligió y, por consiguiente, la soberanía reside siempre en el Rey y los Lores junto al cuerpo electoral que elige la Cámara de los Comunes » (133).

Austin se muestra muy crítico respecto de la doctrina de la división de poderes, sobre todo respecto de la distinción entre los poderes legislativo y ejecutivo, tal como había sido sustentada por los tratadistas ingleses, particularmente por Blackstone. Para Austin,

---

(131) *Ibidem*, Vol, I, págs. 195-197.
(132) *Ibidem*, Vol. I. pág. 201.
(133) *Ibidem*, Vol, I, págs. 203-4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distinguir entre la facultad de establecer leyes u otras normas jurídicas y la facultad de ejecutarlas, resultaba siempre muy impreciso, entre otras cosas porque lo que se entendía por función ejecutiva (en la que Austin incluía no sólo la administrativa, sino también la judicial) implicaba o podía implicar el ejercicio de funciones legislativas. En realidad, Austin pensaba, como ya era habitual en su época, que la doctrina de la división de poderes, sustentada por Blackstone y por otros célebres publicistas del siglo XVIII, era « *too palpably false to endure a moment's examination* ». Para probar su falsedad, Austin no menciona, como era sólito desde Burke y Bentham, la estrecha conexión entre el Gobierno o Gabinete y los Comunes, sino que prefiere acudir a otros ejemplos menos trillados. Así, el gran jurista inglés señala que muchas de las leyes elaboradas por el Parlamento británico eran « subsidiarias », esto es, estaban pensadas para la correcta ejecución de otras, lo cual significaba que cuando el Parlamento británico las elaboraba no estaba, en rigor, legislando sino llevando a cabo una función ejecutiva, lo mismo que cuando los Tribunales de Justicia para aplicar el derecho dictaban reglas de procedimiento en sus Sentencias y Autos (*Judgments and Decrees*), esto es, mandatos (*commands*) expedidos para casos particulares (134). Austin observa también que en la Gran Bretaña la función judicial era ejercida directamente por el Parlamento cuando aprobaba un *Act of Attainder* con el objeto de castigar una conducta *ex post facto*, esto es, sin una previa tipificación legal (135). Por último, resultaba evidente para Austin que el Rey, por sí solo, no sólo ejercía funciones ejecutivas, sino también otras de carácter legislativo, por ejemplo cuando, como Capitán General, redactaba artículos de guerra (*articles of war*), esto es, normas jurídicas (*laws*) relativas a la organización militar. Del mismo modo que la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes llevaba a cabo funciones de carácter judicial y, por tanto, ejecutivo o administrativo, cuando la primera, en las causas civiles, se convertía en el definitivo Tribunal de Apelación (*Court of appeal*) y la segunda se pronunciaba sobre la validez o invalidez de la elección de sus miembros (209).

Austin concluye afirmando que la forma más precisa de encarar

(134) *Ibidem*, Vol. I. págs. 207-8.
(135) *Ibidem*, Vol. I, pág. 208.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la organización de los poderes del Estado era distinguiendo entre los poderes « supremos » y los « subordinados ». Los primeros eran los que ejercía el soberano por sí mismo, en Inglaterra, el Rey, la Cámara de los Lores y el cuerpo electoral encargado de elegir a los Comunes; los segundos, eran los que ejercían las autoridades delegadas que actuaban en su nombre, como ocurría en Inglaterra con la Cámara de los Comunes y los Tribunales de Justicia o con el Rey y la Cámara de los Lores cuando obraban, no como parte del cuerpo soberano, del Parlamento, sino como miembros independientes de éste (136).

Pero junto a las tesis que se acaban de analizar, la obra de Austin tiene una gran importancia para examinar el sistema de fuentes del derecho inglés y, a partir de él, la naturaleza de la Monarquía. Muy en particular, para el asunto de que trata este artículo, resulta muy importante la distinción que establece Austin entre normas jurídicas y convenciones. Una distinción que se basa en un concepto puramente positivista de la norma jurídica — del derecho —, herencia de Hobbes y Bentham, equivalente al mandato (*command*) del soberano, quien podía establecer directamente dichas normas (como ocurría en Inglaterra con las leyes) o a través de una autoridad subordinada (como ocurría en este país con el derecho judicial), o bien permitiendo la creación jurídica a los particulares, como acontecía en el campo del derecho privado (137). Las normas jurídicas, para Austin, sólo eran tales cuando podían ser alegadas antes los Tribunales y aplicadas por éstos. De ahí que las costumbres o convenciones no fuesen normas jurídicas, sino « reglas de conducta » en las que se expresaban principios políticos, éticos y morales (138). Unas « reglas de conducta » enormemente importantes en el Derecho público inglés, como pone Austin de relieve: « . .. en la

(136) *Ibidem*, Vol. I. pág. 210.

(137) *Cfr, Ibidem,* Vol. I, págs. 1 a 25, 118-121 y 169-170. Austin hace suyas aquí las palabras de Hobbes: « *the legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law* ». *Ibidem*, págs. 169-170.

(138) « *Strictly speaking, customs, or writings and opinions of lawyers are Law in so far as they have been recognized by judicial decisions, and no further. As we already shewn, there can be no law without a judicial sanction, and until a custom has been adopted as Law by Courts of Justice, it is always uncertain whether it will be sustained by that sanction or not* ». *Ibidem,* Vol. II, pág. 236.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

medida en que el derecho público concierna al soberano, es claro que gran parte de este derecho no es propiamente derecho (*law*), sino simplemente moralidad positiva o máximas éticas » (139). Así ocurría, a juicio de Austin, que no podía dejar de pensar en Inglaterra, con las reglas que determinaban « la Constitución del Estado » o que fijaban los fines y procedimientos de los poderes públicos. Aunque Austin reconocía que el conocimiento de estas reglas no jurídicas, en sentido estricto, era « absolutamente necesario » para conocer las normas jurídicas propiamente dichas, ya fuesen de origen parlamentario (*statute-laws*) o ya procediesen de los Jueces (*Judiciary law*) (140).

Ello era particularmente evidente en Inglaterra, cuyo derecho « no podía ser entendido sin un conocimiento de la Constitución del Parlamento y de las diferentes reglas (*rules*) por las cuales el cuerpo soberano legisla, aunque es manifiesto que gran parte de las reglas que determinan la Constitución del Parlamento así como de aquellas otras que éste sigue al legislar, son tan sólo derecho impuesto por la opinión de la comunidad o meras máximas éticas que el Parlamento observa espontáneamente » (141), esto es, simples costumbres o convenciones, a las que Austin negaba su naturaleza jurídica propiamente dicha al no ser exigidas por los Tribunales, o bien simples « reglas de corrección constitucional ».

Sostiene Austin que era una contradicción en los términos hablar de « limites de la soberanía ». El soberano no podía estar sometido a limites jurídicos (142). Ciertamente, en toda « sociedad políticamente independiente », esto es, en todo Estado, existen máximas que el soberano habitualmente observa en sus relaciones con la sociedad, pero tales máximas no son derecho, propiamente hablando, esto es, legalidad positiva, sino moralidad positiva; no forman parte del ordenamiento jurídico, sino del ordenamiento

(139) *Ibidem*, Vol. II, pág. 436.

(140) *Ibidem*, Vol. II, pág. 436. *Vid.* En las págs. 321 A 378, Austin se extiende sobre las diferencias entre las leyes creadas por el Parlamento y por los Jueces, sosteniendo unas opiniones distintas de Bentham en lo que concierne a estas últimas y al inevitable asunto de la codificación.

(141) *Ibidem*, Vol. II, pág. 437.

(142) *Ibidem*, Vol. I. pág. 225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constitucional (143). Contra el soberano, pues, ya sea el Monarca o el Parlamento, no es posible establecer unos limites « legales », sino solo « constitucionales » (144). De este modo, Austin establecía la capital distinción (más bien contraposición), en el seno del derecho público inglés — sobre todo... — para el estudio de la Monarquía parlamentaria — entre « legalidad » y « constitucionalidad », esto es, entre las normas jurídicas, creadas por el Parlamento o por los Jueces, y las convenciones constitucionales. De tal suerte que una ley podía, a su juicio, ser « inconstitucional », pero no ser por ello « ilegal » (145). Si, por ejemplo, « una ley del Parlamento británico atribuyese la soberanía al Rey o a éste y a la Cámara Alta o a la Cámara Baja, alteraría esencialmente la estructura de nuestro Estado actual y podría, por consiguiente, ser considerada con propiedad una ley inconstitucional... Pero llamarle ilegal sería absurdo, pues en la actualidad el Parlamento es el soberano en el Reino Unido y, por tanto, es el autor, directa o indirectamente, de todo el derecho positivo, correspondiéndole a él en exclusiva establecer lo que es justo e injusto jurídicamente » (146). Si bien no era posible establecer límites jurídicos, sino sólo morales, (dicho de otra forma: límites constitucionales, pero no legales) al soberano, es decir, al Parlamento, de acuerdo con la Constitución inglesa, ello no implicaba que tomados por separado los miembros del Parlamento, ya fuese la Cámara de los Lores, los Comunes o el Rey, no estuviesen sujetos al derecho, además de a la « moralidad positiva ». En lo que concierne a este último, el derecho inglés consagraba la irresponsabilidad jurídica y política del Monarca, pero ello no era óbice para que, tomado separadamente, estuviese obligado jurídica y políticamente, esto es, de acuerdo con la ley y con la Constitución, a cumplir y acatar las leyes aprobadas por el Parlamento en su conjunto, aunque el ordenamiento no podía prever sanción alguna en el caso de que no lo hiciera (147).

Las reflexiones de Austin, particulamente sus tesis sobre las

---

(143) *Cfr. Ibidem*, Vol. I. págs. 226-229.
(144) *Ibidem*, Vol. I. págs. 230-231 y 236-238.
(145) *Ibidem*, Vol.I, págs. 228-231.
(146) *Ibidem*, Vol. I. págs. 231-2.
(147) *Cfr.* Vol. I, págs. 237-240 y 263.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fuentes del derecho, tendrían un notable eco en la doctrina británica posterior, por ejemplo en Jhon Stuart Mill, quien, siguiendo a Austin, definirá las convenciones como « las máximas constitucionales no escritas » que se ocupaban de establecer « la moralidad política positiva de la Nación », limitando el uso de los poderes legales de la Corona (148). Pero el influjo de Austin se detecta sobre sobre todo en la obra más célebre de A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), destinada a ejercer una enorme influencia en la doctrina británica del siglo XX (149). Dicey hará suya la distinción entre ley constitucional y convención constitucional (150), que permitiría estudiar en adelante con una sólida- aunque muy discutible — base jurídica la naturaleza de la Monarquía inglesa y, más en particular, el divorcio a ella consustancial entre la posición jurídica del Monarca y su posición en el proceso político, esto es, entre las facultades atribuidas a aquél por los Jueces al interpretar el Common Law (las facultades de prerrogativa) y por el Parlamento, de un lado, y el ejercicio de las mismas en virtud de la larga serie de convenciones constitucionales que habían ido disminuyendo progresivamente los poderes « jurídicos » del Monarca, de otro (151).

---

(148) *Considerations on Representative Government, (*1861), 3 edición, Londres, 1865. pag. 87. Es preciso tener en cuenta que J. S. Mill se iniciaría en el estudio del Derecho de la mano de Austin, durante el invierno de 1821-1822, como confiesa en su *Autobiografía*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pág. 83. En las páginas 91-93 traza J.S. Mill una penetrante semblanza de Austin, llena de cariño y admiración.

(149) *Vid,* a este respecto la *Introducción* de E.C.S. WADE a la 10 edición de esta obra, MacMillan, Londres, 1959.

(150) *Cfr.* la tercera parte del libro de A.V. Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, que lleva por título « *the connection between the law of the constitution and the conventions of the constitution* », en particular el capítulo XIV, « *nature of conventions of the constitution* ».

(151) La mayor parte de los estudiosos del siglo XX (como Ivor Jennings, De Smith, Wade y Geoffrey Marshall) criticarían, con razón, la excesiva rigidez con que Dicey, siguiendo a Austin, contrapondría la ley constitucional a la convención constitucional. Una contraposición que tenía también su proyección científica y metodológica: para Dicey, en efecto, el objetivo del constitucionalista (*constitutional lawyer*) sería el conocimiento de la legalidad; el del historiador del constitucionalismo (*constitutional historian*) sería, en cambio, el conocimiento de las convenciones constitucionales.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *Conclusion: continuidad y cambio en la teoria constitucional britanica de los siglos XVIII y XIX*

Si durante el siglo XVIII la teoría constitucional británica, con la excepción de Blackstone, se preocupó más de prescribir como debía ser la Monarquía que de mostrar como era realmente conforme al derecho vigente, a lo largo del primer tercio del siglo XIX la teoría constitucional sigue alejada del derecho positivo, ya se apoye en la historia constitucional (como el anónimo articulista de la *Edinburgh Review*, Erskine, Lord Jhon Russell y Park) o en la filosofía política (James Mill y Bentham). Sólo al finaL de esta época surge, con Jhon Austin, una teoría de la Monarquía eminentemente jurídica, aunque no se formule desde el Derecho Constitucional sino desde la Teoría General del Derecho.

Por otro lado, si durante el siglo XVIII es posible distinguir entre los defensores de una concepción tradicional de la Monarquía inglesa (la mayoría: Bolingbroke, Montesquieu, Hume, Blackstone, De Lolme e incluso Paley) y los contradictores de esta concepción (a minoría: Burke, Bentham, Fox y Paine), no cabe duda de que la mayor parte de los publicistas del primer tercio del siglo XIX — y sin duda los más importantes — critican abiertamente la concepción tradicional de la Monarquía mixta (Erskyne parece añorarla todavía).

Ahora bien, más allá de este cambio innegable, se mantiene una indudable continuidad entre los publicistas del primer tercio del siglo XIX y los contradictores de esta concepción a fines del siglo anterior. Así, en efecto, entre éstos se apreciaba una diferencia muy grande entre los que combatían la concepción tradicional de la Monarquía mixta en defensa de la Monarquía parlamentaria (Burke, Fox, Lord North), y los que lo hacían con el objeto de sostener una alternativa democrático-radical con una forma de gobierno asamblearia (Bentham) o presidencialista (Paine). Pues bien, en el primer tercio del siglo XIX es posible distinguir también con claridad entre los defensores de la Monarquía parlamentaria (como la *Edinbrugh Review*, Lord Russell y Park, a pesar de que éste exprese sus dudas sobre la reforma de 1832), y los sostenedores de una teoría democráticoradical, basada en un sistema presidencialista (Cobett y los cartistas) o bien asambleario (Mill y Bentham).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Conviene advertir, finalmente, que durante el resto del siglo XIX la teoría constitucional británica continuó siendo fiel a estas líneas de continuidad y de cambio (152). La mayor parte de los publicistas, en efecto, seguirán contemplando la Monarquía desde un punto de vista primordialmente político (Earl Grey, Jhon Suart Mill, Walter Bagehot y, por supuesto, Gladstone y Disraeli). Sólo durante el último tercio del siglo surge un gran jurista, digno sucesor de Austin y Blackstone: A.V. Dicey. Es cierto que durante esta época la doctrina tradicional de la Monarquía mixta estará completamente desprestigiada y la del *Cabinet system* será ampliamente aceptada. Ahora bien, no por eso los partidarios del sistema parlamentario de gobierno, como el Earl Grey y J. Stuart Mill, dejarán de alertar sobre los peligros de interpretar dicho sistema con las premisas del sistema asambleario, por el que parece deslizarse Walter Bagehot. Pero sobre esta época acaso sea oportuno volver en otra ocasión.

(152) Continuidad y cambio que también se percibe en el pensamiento político, como ha puesto de relieve recientemente J. W. BURROW en su libro *Whigs and Liberals. Continuity and Change in English Political Thought*, Oxford Clarendon Press, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PETER LANDAU

FERDINAND WILHELM LUDWIG BORNEMANN UND DIE TRADITION DES PREUSSISCHEN RECHTS

ein Beitrag zum zweihundertjährigen Jubiläum des Preußischen Allgemeinen Landrechts

Zu den deutschen Juristen des 19. Jahrhunderts, die in neueren Forschungen zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft in der Regel ganz übergangen werden, gehört der Berliner *Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann*, der von 1798 bis 1864 lebte (1), ein Zeitgenosse der denkwürdigen Ära preußischer Geschichte zwischen den Befreiungskriegen und der sogenannten Konfliktzeit zu Beginn des Ministeriums Bismarck. Bornemann, der als Sohn eines preußischen Lotterieeinnehmers zu Beginn der Regierungszeit Friedrich Wilhelms III. geboren wurde (2), hat nach Teilnahme am

---

(1) Zu Bornemanns Leben und Werk bisher am ausführlichsten H. FRIEDBERG, *Zum Gedächtniß [!] an Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann.* Vortrag in der juristischen Gesellschaft Berlin am 20. Februar 1864 (Berlin 1864); ferner ANONYM [FRIEDBERG?], *Suarez, Bornemann und Koch, die drei Männer des preußischen Rechtes (= Deutsche Monatshefte) Berlin 1875*; zu Bornemanns Tätigkeit im Justizministerium 1844-1848 und weiterhin bis 1850 als eigentlicher Gegenspieler Savignys vgl. A. STOLZEL, *Brandenburg- Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, Bd. II (Berlin 1888) 550-672; schließlich die in der Bewertung Bornemanns problematische Darstellung bei E. LANDSBERG in STINTZING/LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* Bd. III/2 (München/Berlin 1910) 609 f. und der Notenband 266 f.. Landsberg gibt den Vornamen irrtümlich mit ‘ Friedrich ’ statt mit ‘ Ferdinand ’ wieder, was seither bei der Erwähnung Bornemanns generell übernommen wurde — vgl. E. DOHRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500* (Berlin 1953) 379 und G. KLEINHEYER/J. SCHRODER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (³Heidelberg 1989) 335. Die irrtümliche Wiedergabe des Vornamens hat Landsberg offenbar aus dem Artikel *Bornemann* in *ADB* 5 (1876)173 von GOPPERT übernommen.

(2) Der Vater bekleidete ein kleines Amt bei der staatlichen General-Lotterie-Administration und wurde als Verfasser einer Sammlung ‘ Gedichte in plattdeutscher

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Feldzug von 1815 in frühester Jugend und rasch absolviertem Studium, das er hauptsächlich den Kameralwissenschaften widmete, so daß er insgesamt nur vier juristische Vorlesungen hörte, eine sehr eindrucksvolle Karriere in der preußischen Justiz und ihrer Bürokratie machen können. 1823 wurde er Assessor beim Kammergericht in Berlin und veröffentlichte schon 1825 eine erste Monographie zum preußischen Recht, ' Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere ' (3). Dieses ungewöhnlich erfolgreiche Werk führte zur Versetzung Bornemanns an das Oberappellationsgericht Greifswald in das Geltungsgebiet des gemeinen Rechts. Dort war er als Fachmann des preußischen Rechts bereits derart bekannt, daß ihm die Universität den Ehrendoktor verlieh und die Habilitation als Privatdozent für preußisches Recht ermöglichte. Bis 1831 wirkte Bornemann in Greifswald als Richter und Dozent. Dann kam er bereits als Kammergerichtsrat in das traditionsreichste preußische Gericht; 1837 wechselte er als Vortragender Rat von der Justiz zum Finanzministerium. Unter Friedrich Wilhelm IV. gelangte Bornemann zunächst 1843 auf die Stelle eines Präsidenten des preußischen Ober-Censurgerichts, wobei er in dieser heiklen Position im Sinne rechtsstaatlicher Begrenzung der Zensur gewirkt haben soll. 1844 wurde er Direktor im Justizministerium und gleichzeitig Mitglied der preußischen Gesetzeskommission, in der er in einen Dauerkonflikt mit Savigny geriet (4). Nach der preußischen Märzrevolution von 1848 wurde er am 19.3.1848 preußischer Justizminister zunächst im Ministerium des konservativen Verwaltungsjuristen Graf *Arnim-Boitzenburg*, einem reinen Beamtenkabinett (5). Nach dem Rücktritt dieser Übergangs-

---

Mundart ' populär. Bornemann sen. genoß offenbar beim König hohes Vertrauen, da er 1818 nach London geschickt wurde, um eine Staatsanleihe beim Hause Rothschild in Empfang zu nehmen — so FRIEDBERG (wie Anm. 1) 3f. Zum Vater Johann Wilhelm Bornemann, der mit seinen plattdeutschen Gedichten ein Vorläufer von FRITZ REUTER in diesem Literaturgenre war und das auch heute noch bekannte Lied ' Im Wald und auf der Heide ' verfaßte, vgl. den Art. ' *Bornemann, Johann Wilhelm* ' in *NDB* 2 (1955) 469 von G. CORDES.

(3) Die biographischen Angaben im folgenden im wesentlichen nach FRIEDBERG (wie Anm. 1).

(4) Vgl. die ausführliche Darstellung bei STOLZEL (wie Anm. 1) 550-628.

(5) So E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. II (3Stuttgart

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regierung schon am 29.3.1848 verblieb Bornemann als Justizminister in der folgenden Regierung *Ludolf Camphausen*, einem Koalitionskabinett gemäßigter Liberaler mit den Konservativen unter Führung der rheinischen Liberalen *Camphausen* und *Hansemann* (6). In dieser Regierung identifizierte sich Bornemann mit einem Programm der Einführung von Grundrechten, insbesondere der Vereins- und Versammlungsfreiheit durch die Verordnung vom 6.4.1848 (7). Nach der Wahl der preußischen Nationalversammlung am 1.5.1848, in der es eine große Zahl linksliberaler und demokratischer Abgeordeter gab, unter ihnen viele Juristen wie etwa den Obertribunalrat *Benedict Waldeck*, der wohl der bedeutendste demokratische Politiker Preußens zwischen 1848 und 1870 war (8), geriet die Regierung *Camphausen* zunehmend in Schwierigkeiten. Sie wurde am 25.6.1848 durch das rein liberale Ministerium *Auerswald/Hansemann* abgelöst, in dem der Kriminalgerichtsdirektor *Maercker* das Justizministerium übernahm (9). Bornemann wurde angeboten, auch dem neuen Ministerium anzuge-

---

/Berlin/Köln/Mainz 1988) 577. Arnim-Boitzenburg, schon von 1842-1845 preußischer Innenminister, war ein Neffe des Freiherrn vom Stein — vgl. HUBER *op. cit.* 480, Anm. 15.

(6) Vgl. HUBER, (wie Anm. 5) 579.

(7) Vgl. HUBER, (wie Anm. 5) 580.

(8) Zu Waldeck vgl. besonders L. DEHIO, *Benedict Waldeck*, HZ 136 (1927) 25-27.

(9) Vgl. hierzu HUBER, (wie Anm. 5) 727f.; J. HOFFMANN, *Das Ministerium Camphausen- Hansemann* (= Ak. d. Wiss. der DDR, Schr. d. Zentralinstituts f. Gesch. Bd. 66, Berlin 1981) 89f. und 115. Zu Bornemann als Justizminister und den Gründen für sein Ausscheiden im Juni 1848 vgl. STOLZEL (wie Anm. 1) 628-637. Bornemann plante abgesehen von der Arbeit an der preußischen Verfassung vor allem eine Reform des friderizianischen Zivilprozesses; hierzu berief er aus Neiße den Gerichtsdirektor CHRISTIAN FRIEDRICH KOCH ins Ministerium, der bereits durch seine Werke zum preußischen Recht neben Bornemann besondere Berühmtheit gewonnen hatte. Nach seinem Rücktritt als Minister gehörte Bornemann in der preußischen Nationalversammlung der sog. *Fraktion Harkort* an, die sich von der rechten Fraktion der Nationalversammlung als eine etwas liberalere Gruppe abgespalten hatte — vgl. hierzu M. BOTZENHART, *Deutscher Parlamentarismus 1848-1850* (Düsseldorf 1977) 447. Für eine liberale Haltung Bornemanns spricht es, daß er sich nach den Ausschreitungen vor dem Sitz der Nationalversammlung und dem sog. Zeughaussturm im Juni 1848 als Justizminister gegen ein von seinen Ministerkollegen befürwortetes besonderes Tumultgesetz aussprach — vgl. BOTZENHART a.a.O. 520.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hören; er lehnte aber wegen seiner geschwächten Gesundheit die Weiterführung ab.

Nach diesem ministeriellen Zwischenspiel kehrte Bornemann zur Justiz zurück und wurde unmittelbar zum zweiten Präsidenten des preußischen Obertribunals ernannt, des höchsten preußischen Gerichtshofs. In der folgenden Zeit war er auch an der Ausarbeitung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs beteiligt. 1860 wurde Bornemann zum Kronsyndikus und Mitglied des Herrenhauses ernannt und erreichte damit den Gipfel seiner Karriere. Bei seinem Tode 1864 galt er als einer der berühmtesten preußischen Juristen und wurde ausführlich in einer Gedächtnisschrift des Geheimen Oberjustizrats *Heinrich Friedberg* gewürdigt, der als Hilfsarbeiter in Bornemanns Ministerium 1845 seine Karriere begann und « sich seine Sporen verdient hatte » (Hattenhauer) (10).

Bornemanns Bedeutung erschöpft sich aber nicht in einer erfolgreichen Gesetzesredaktions- und Verwaltungstätigkeit vor 1848, in der er mit tatkräftiger Unterstützung des jungen Friedberg besonders die Modernisierung des preußischen Strafprozesses erreichte, und in seinem Wirken als Gerichtspräsident, der das Ansehen des preußischen Obertribunals in den fünfziger Jahren mehren konnte (11). Seine wichtigste Leistung war die Begründung einer Wissenschaft des preußischen Rechts auf der Grundlage des großen Gesetzbuchs des Allgemeinen Landrechts (ALR). Im September 1833 schrieb der junge Berliner Kammergerichtsrat das Vorwort zu einem großangelegten Werk mit dem Titel: ' Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts ', gewidmet dem für die Gesetzesrevision des preußischen Rechts zuständigen, politisch reaktionären Justizminister *v. Kamptz* (12). Bornemanns Hauptwerk

---

(10) Vgl. H. HATTENHAUER, *Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, in *Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz* (Köln 1977) 9-117, hier 35f.

(11) Hierzu DOHRING, (wie Anm. 1), 29.

(12) W. BORNEMANN, *Systematische Darstellung* etc. (6 Bd. Berlin 1834-1839). Zu Kamptz vgl. P. BAUMGART, *NDB* 11(1977) 95-97. Kamptz ist in die deutsche Literatur durch die Novelle ' Meister Floh ' von E.T.A. Hoffmann als Hofrat ' Knarrpanti '

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

erschien in sechs Bänden 1834-1839 und erlebte 1842-1845 eine zweite Auflage; in letzterer hat er die historische Einleitung weggelassen. Er schuf mit diesem Buch die erste wissenschaftliche Darstellung des preußischen Rechts auf der Grundlage des ALR. Bald darauf erschien ' Das Recht der Forderungen ' von *Christian Friedrich Koch* (1798-1872), der neben Bornemann als Begründer einer eigenständigen Wissenschaft vom preußischen Privatrecht angesehen werden muß (13). In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat dann das preußische Privatrecht im Anschluß an Bornemann und Koch durch große Werke von *Franz Förster* (1819-1878) und *Heinrich Dernburg* (1829-1907) weitere Förderung erfahren; Dernburg bearbeitete es mit dem methodischen Rüstzeug eines Spätpandektisten und erreichte eine Synthese zwischen Pandektenrecht und preußischem Recht, die die eigenständigen Ansätze der preußischen Kodifikation eher zurücktreten ließ (14). Das Werk von Bornemann betonte im Vergleich zur Lehre der späteren Spezialisten des *ius Borussicum* hingegen die Besonderheiten des preußischen Rechts. Es ist daher durchaus auch aus heutiger Sicht vertretbar, daß noch 1875 in einer Gedenkschrift drei Juristen als

---

eingegangen, was zu einem Disziplinarverfahren gegen E.T.A. Hoffmann führte. Vgl. zu diesen Vorgängen G. ELLINGER, *Das Disziplinarverfahren gegen E.T.A Hoffmann*,in *Deutsche Rundschau* Bd. 128 H.32 (1906) 79-103; G. FITTBOGEN, *E.T.A. Hoffmanns Stellung zu den demagogischen Umtrieben und ihrer Bekämpfung*, in *Preuß. Jahrbücher* 189 (1922) 79-92; DERS., *Zu E.T.A. Hoffmanns ' Meister Floh'* , in *Preuß. Jahrbücher* 193 (1923) 213-220.

(13) Zu Koch vgl. STINTZING/LANDSBERG (wie Anm. 1), Bd. III/2, 610-612 und jetzt besonders J. RUCKERT, Art. *Koch, NDB* 12 (1980) 257-260. Koch bietet das eindrucksvolle Beispiel eines geradezu unwahrscheinlichen Aufstiegs im Preußen des 19. Jahrhunderts, da er als Sohn eines Tagelöhners zunächst Gänse- und Ziegenhirt war, nach einer Schreibertätigkeit auf einer Art zweitem Bildungsweg die Reifeprüfung ablegte, bei Savigny in Berlin Jura studierte und nicht ohne Unterstützung Bornemanns zum Hilfsarbeiter beim Obertribunal aufrückte. Ein herausragender Richterposten blieb ihm allerdings trotz allgemeiner Anerkennung seiner literarischen Leistungen und der Verleihung der Ehrendoktorwürde in Halle versagt, was die Grenzen von Aufstiegsmöglichkeiten in Preußen um 1850 belegt.

(14) Zu Dernburg vgl. W. SUSS, *Heinrich Dernburg — ein Spätpandektist im Kaiserreich* (= Abh. z. rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung Bd. 74 Ebelsbach 1991); K. LUIG, *Heinrich Dernburg (1829-1907). Ein ' Fürst ' der Spätpandektistik und des preußischen Privatrechts*, in HEINRICHS/FRANZKI/SCHMALZ/STOLLEIS (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (München 1993) 231-247.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die « drei Männer des preußischen Rechts » gefeiert wurden, nämlich *Carl Gottlieb Svarez* als Gesetzesverfasser des ALR, *Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann* als herausragender Interpret und *Christian Friedrich Koch* als umfassender Kommentator (15). Diese positive Bewertung Bornemanns wurde allerdings später von *Ernst Landsberg*, dem maßgebenden Historiker der modernen deutschen Rechtswissenschaft, in seinem Standardwerk von 1910 nicht voll akzeptiert. Landsberg, der aus der Tradition des bürgerlichen rheinischen Liberalismus stammte, betrachtete den offenbar mit dem Demagogenverfolger *Kamptz* eng verbundenen *Bornemann* keineswegs mit Sympathie. Er sah in ihm zunächst das Urbild eines wendigen anpassungsfähigen Bürokraten, gesinnungslos auf Karriere setzend (16). Obwohl Landsberg die wissenschaftliche Pionierleistung Bornemanns im preußischen Recht durchaus anerkannte, verdachte er es Bornemann doch andererseits, daß dieser das preußische Recht noch nicht mit pandektistischer Begrifflichkeit bearbeitet habe (17). Erst die Generation von *Förster* und *Dernburg* habe für die Literatur des preußischen Rechts ein hohes wissenschaftliches Niveau erreicht.

Landsbergs deutliche Abneigung gegen Bornemann als Charakter beeinflußte wohl auch die wissenschaftliche Bewertung, wobei man zudem berücksichtigen muß, daß sich Landsberg als

---

(15) Vgl. die in Anm. 1 genannte Schrift.

(16) Landsberg nennt Bornemann « einen kleinen blinden Bewunderer des preußischen Wesens und seines Bureaukratismus, den geborenen Feind jeder Romantik und nun gar ihrer Übertragung auf die königlich-preußischen Rechts- und Justizministerialverhältnisse », « nicht fähig, über das unmittelbar Nützliche und über die Aufgaben der amtlichen Stellung hinauszusehen ». Andererseits bescheinigt er ihm « ein beträchtliches Maß von Gerechtigkeitssinn und doktrinärem Liberalismus » — alles STINTZING/LANDSBERG III/2 (wie Anm. 1), 609. Jedenfalls erkennt Landsberg, daß Bornemann den Typus des hohen preußischen Beamten hervorragend verkörperte. Zu Landsbergs Verwurzelung in der Tradition des bürgerlichen rheinischen Liberalismus vgl. *meine* Bemerkungen in dem Beitrag *Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (wie Anm. 14) 133-213, hier 168.

(17) LANDSBERG a.a.O. (wie Anm. 1): Bornemann habe sich an die gemeinrechtliche Wissenschaft nur ganz selten und auch dann nur ganz äußerlich angelehnt. Immerhin habe er « das preußische Recht auf eine erste, wenn schon bescheidene Stufe wissenschaftlicher Kultur gehoben », 610.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rechtshistoriker in der Tradition der historischen Schule *Savignys* verstand und wenig Sympathien für die Einflüsse *Hegels* in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts hatte, während Bornemann zweifellos in gewissem Umfang Hegelianer war, wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird. Landsbergs eher absprechendes Urteil über Bornemanns wissenschaftliche Leistungen ist wohl der Hauptfaktor dafür gewesen, daß der Name dieses « Mannes des preußischen Rechts » in den gängigen Darstellungen der neueren Privatrechtsgeschichte und übrigens auch in der voluminösen Savigny-Literatur nirgends auftaucht (18) — selbst Wieacker hat sein Gespür für originelle Sonderströmungen der Geistesgeschichte nicht veranlaßt, Bornemann in seiner großen ' Privatrechtsgeschichte der Neuzeit ' auch nur eine Zeile zu widmen.

Im folgenden soll es darum gehen, das Besondere im Wissenschaftsverständnis Bornemanns hervorzuheben, wobei ich in erster Linie von seiner ' Systematischen Darstellung des Preußischen Civilrechts ' ausgehe. Bornemann hatte den Ehrgeiz, seine Darstellung des positiven preußischen Rechts mit einer rechtsgeschichtlichen und in gewissem Umfang auch rechtsphilosophischen Grundlegung zu verbinden. Er eröffnet sein Lehrbuch von 1834 daher mit einem ersten Buch « Geschichtliche Einleitung » von insgesamt 173 Seiten, das uns einen guten Einblick in die Gedankenwelt dieses jungen preußischen Praktikers und Autors ermöglicht. Wesentliche Gedanken dieser Einleitung hatte Bornemann im übrigen schon vorher in einem Aufsatz in der nur kurzlebigen Zeitschrift ' Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung ' von *Eduard Gans* niedergelegt; im folgenden gehe ich allerdings stets von der ausführlicheren Darstellung im Lehrbuch von 1834 aus. (19)

---

(18) Fehlanzeige etwa für F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (^{2}Göttingen 1967); G. WESENBERG/G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte* (^{4}Lahr 1985); H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* (^{7}Heidelberg 1993); K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte* 3 (seit 1650) (Opladen 1989); J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (= Abh. z. rechtswiss. Grundlagenforschung, Bd. 58, Ebelsbach 1984). In diesem Zusammenhang ist auch aufschlußreich, daß ihm zwar die ADB 1876 einen Artikel widmete, nicht aber die nach 1945 erscheinende NDB, während der Vater, Johann Wilhelm Bornemann, in der NDB berücksichtigt wurde — vgl. oben Anm. 2

(19) Vgl. BORNEMANN, *Über die wahrhaft geschichtliche Entstehung und Bedeutung*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bornemanns « Geschichtliche Einleitung » soll dazu dienen, das Allgemeine Landrecht im Zusammenhang der deutschen Rechtsgeschichte zu verstehen, also die Grundlage für eine streng historische Interpretation zu geben, die er dann im einzelnen « mit Benutzung der Materialien » durchführt. Insofern scheint Bornemann dem Programm von Savignys historischer Schule für die Bearbeitung eines positiven Rechtsstoffs zu entsprechen; hatte doch Savigny selbst in seiner Schrift ' Vom Beruf unserer Zeit ' 1814 die Verarbeitung der Materialien als notwendige Grundlage für ein Urteil « über das Technische des Landrechts » bezeichnet und bereits die Voraussage gemacht, daß das Landrecht durch Auswertung der Materialien ein geschichtliches und literarisches Leben erhalten werde (20).

Bornemanns Ehrgeiz griff aber über geschichtliche Rechtswissenschaft hinaus, indem er die historische Einleitung mit rechts- und geschichtsphilosophischen Darlegungen verband, so daß im Ergebnis das ALR mit den Begriffen einer spezifisch preußischen Geschichtsphilosophie verstanden werden sollte. Philosophische und historische Betrachtung bildeten für diesen nach dem zitierten Urteil Landsbergs nüchtern-beschränkten Juristen eine Einheit, die ihn erstaunliche Sätze zum Wert des preußischen Rechts formulieren ließ. Er stellt den historischen Ausführungen zunächst ein umfangreiches Kapitel über den Begriff des Rechts voran (21).

Entschieden betont Bornemann gleich zu Anfang, daß das ALR

---

des Preußischen Rechts in materieller und formeller Beziehung. Ein Wink für die Revisoren; in GANS (Hrsg.), *Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung* (Berlin 1830/32) 195-259, mit einem Nachtrag 338-342. In der zweiten Auflage des Lehrbuchs 1842 hat Bornemann diese historische Einleitung weggelassen, ohne dies im Vorwort näher zu begründen. Vielleicht war hierfür der Regierungsantritt Friedrich Wilhelms IV. 1840 verantwortlich, da Bornemanns Mischung von Aufklärung und Christentum der Staatsauffassung des neuen Königs kaum entsprach.

(20) F.C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1814) 93f.

(21) BORNEMANN I, 5-21. Eine überraschend positive Würdigung Bornemanns findet man bei W. SCHONFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft* (Stuttgart/Köln 1951) 385: « kleine Philosophie des preußischen Rechts von hoher Warte ». Der Neuhegelianer Schönfeld sah in Bornemann einen Geistesverwandten auch in der Kritik an der historischen Schule.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

das für Preußen *angemessene Recht* zur Geltung gebracht habe (22). Gegen eine positive Bewertung des ALR bringe man von drei Seiten Einwände vor. Die einen bemängelten, daß die juristischen Gewährsleute der Gesetzesredaktoren — im wesentlichen *Darjes* und *Nettelbladt* — kein adäquates Verständnis des römischen Rechts gehabt hätten — das war der Haupteinwand *Savignys* gewesen (23). Von anderer Seite vermisse man im ALR die echte christliche Gesinnung und finde in ihm nur « seichte Moralität » - das entsprach der Kritik von romantisch-konservativer Seite, in Preußen um 1830 etwa im Kreis der Brüder *Gerlach* zu lokalisieren. Eine dritte Ansicht tadle die engherzigen Beschränkungen des ALR und vermisse dort die Achtung vor individueller Freiheit, eine damals besonders von *Eduard Gans* geäußerte Kritik, der als Linkshegelianer gegenüber dem ALR die Vorzüge des Code civil betonte und eine Reform des preußischen Rechts im Sinne einer Rezeption französischer Modelle anstrebte (24). Bornemann sah sich in einer Frontstellung gegen sämtliche drei Richtungen, die bei aller Unterschiedlichkeit der Argumente jedenfalls darin übereinstimmten, daß sie dem ALR die historische Legitimität bestritten. Demgegenüber wollte der Autor vor allem für junge preußische Praktiker den Nachweis liefern, daß das preußische Recht « nicht das Resultat einer ungeschichtlichen und nackten Willkühr » sei (25). Das Lehrbuch des preußischen Rechts gerät ihm daher gleichzeitig zur Darstellung preußischer Staatsphilosophie und eines im Ganzen originellen borussischen Geschichtsbilds.

Bornemann beginnt mit der Darlegung seines Rechtsbegriffs, den er vom Willen der Individuen aus bestimmt. Einen Rechtszustand könne es nur zwischen Individuen geben, die in einem *Staat* leben und ihre natürliche Freiheit, die stets zum Konflikt und nackter Willkür führen müsse, in ein friedliches Zusammenleben

---

(22) BORNEMANN I, 3.

(23) BORNEMANN I, 2.

(24) Zu Gans vgl. jetzt J. BRAUN, *Eduard Gans (1797-1839). Ein homo politicus zwischen Hegel und Savigny*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (wie Anm. 14) 45-57. Die Ideen von Gans zur Reform des ALR würden eine nähere Untersuchung verdienen.

(25) BORNEMANN, Vorrede, IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mehrerer selbständiger Individuen überführen (26). Das ist ein Ausgangspunkt, der an *Kants* ' Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre ' erinnert. Die jeweilige Ausgestaltung dieser Rechtsordnung soll dann aber nicht etwa rational im Sinne eines Gesellschaftsvertrags erfolgen, sondern geschieht « durchaus instinctmäßig » — also im Sinne eines kollektiven *Rechtsgefühls*. Dabei will Bornemann aber wiederum *zwei Potenzen* unterscheiden, erstens die « rein menschliche Geistesbeschaffenheit », also eine gemeinsame anthropologische Grundlage als Gemeingut aller Völker (27), und zweitens die äußeren Umstände, unter denen sich die Individuen zu einer Volksgemeinschaft vereinigen, « die besondere Mitgift eines jeden Volks », wie es der Verfasser nennt (28). Die zweite Potenz entspricht offenbar der von *Montesquieu* herrührenden Tradition des Volksgeistbegriffs, wobei sich vermuten läßt, daß Bornemann von dem 1828 erschienenen ersten Band des Puchtaschen ' Gewohnheitsrechts ' und der dort entwickelten Volksgeistlehre beeinflußt war. Doch unterscheidet er sich durch den kantianischen Ausgangspunkt von dem bei *Puchta* zugrundeliegenden aristotelischen Modell (29): für Puchta ist das Recht unmittelbar durch das Wesen des Volks gegeben (30), während Bornemann von « zusammentretenden Individuen » spricht, unter denen sich instinktmäßig Recht bildet, woheí er einen « mit eiserner Notwendigkeit sie zwingenden Volkscharakter » ausdrücklich ablehnt. Zu Bornemanns erster « allgemein menschlicher Potenz » findet man eine auffallende Parallele im ersten Band von Savignys ' System des heutigen römischen Rechts ' 1840, in dem Savigny bei jedem Volksrecht ein individuelles, jedem Volke besonders angehörendes Element von einem allgemeinen Element unterscheidet, welches auf das Gemeinsame der menschlichen Natur gegründet sei (31). Sa-

---

(26) BORNEMANN I, 7.

(27) BORNEMANN I, 8.

(28) BORNEMANN I, 9.

(29) Vgl. *meinen* Aufsatz *Puchta und Aristoteles*, in *ZRG Rom. Abt. 109 (1992) 1-30.*

(30) PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* Bd. I (Erlangen 1828) 144.

(31) SAVIGNY, *System* Bd. I, 52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vignys zwei *Elemente* stimmen fast im Wortlaut mit Bornemanns zwei *Potenzen* überein.

Man wird daher wohl davon ausgehen können, daß der junge Kammergerichtsrat von 1834 seine Distinktion zweier Potenzen aus der Lehrtätigkeit Savignys übernommen hat (32), während die Begründung des Rechts auf den *Willen* einen Grundgedanken der Hegelschen Rechtsphilosophie rezipiert. Seine rechtsphilosophische Grundansicht faßt Bornemann schließlich in dem Satz zusammen, daß der Wille Boden und Gegenstand des Rechts sei, Prinzip des Rechts sei aber die Religion und das in derselben gegründete Sittengesetz eines jeden Volkes (33). Dieses nationale Rechtsprinzip liefert das wichtigste Kriterium zur Beurteilung einzelner Rechtsbestimmungen der nationalen Rechtsordnung, die aber andererseits auch von einem vernunftrechtlichen Standpunkt, dem der wahren menschlichen Freiheit entsprechenden Recht, kritisiert werden kann. Ob diese synkretistische Mischung von Hegel und Savigny gedanklich konsistent ist, lasse ich dahingestellt. Bornemann entwickelte zur Legitimation in erster Linie ein spezifisches Geschichtsbild. Es muß im folgenden darum gehen, sich mit diesem Geschichtsbild genauer zu befassen.

Nach Bornemannns historischer Schilderung begann die besondere deutsche Rechtsgeschichte mit der « altdeutschen Rechtssitte » vor Einführung des Christentums, die er namentlich in *Norddeutschland* lokalisieren möchte, wobei ihm wohl der

---

(32) Savignys Zwei-Elementen-Lehre war offenbar ein Standardbestandteil seiner Pandektenvorlesung; vgl. die Einleitung zu den Pandekten 1821/22-1823/24 aus dem Savigny-Nachlaß, neuestens ediert in: F.C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, ed. A. *Mazzacane* (= Ius Commune. Sonderhefte 63, Frankfurt/M. 1993), 198: « NB, das ja nicht so zu verstehen, als ob nun die Richtung der einzelnen Nation eine absolut zufällige wäre — vielmehr allgemeine menschliche Richtungen gleichsam darüber stehend, die individuellen bestimmend und lenkend, *unbeschadet der Individualität* fast ganz wie bey einzelnen Menschen — insofern unsre Ansicht der *philosophischen* Ansicht der Jurisprudenz *nicht* entgegen ».

Was Savigny bekämpfte, war nicht etwa die Philosophie als Weg zu menschlicher Erkenntnis, sondern die *« speculative Jurisprudenz »*, die « niemals im Detail und praktisch durchgeführt worden sei ». Zwischen Philosophie und Geschichte sah er keinen « wirklichen Gegensatz » — vgl. hierzu SAVIGNY a.a. O., 193.

(33) BORNEMANN I, 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

‘ Sachsenspiegel ’ vor Augen steht (34). Aus den zeitgenössischen germanistischen Forschungen zieht er die Konsequenz, daß das alte deutsche Recht bereits eine Reihe eigener Prinzipien gehabt habe, die sich von denen des römischen Rechts wesentlich unterschieden haben sollen. Man habe nur eine *wehrhafte natürliche Persönlichkeit* als rechtsfähig anerkannt (35), wobei Rechtssubjektivität des einzelnen außerdem noch die Zugehörigkeit zu einer *Gemeinde* und damit Unterordnung unter einen Gesamtwillen sowie schließlich Teilhabe an *Grundbesitz* vorausgesetzt habe. Das deutsche Recht kenne ursprünglich keine Rechtspersönlichkeit von « Weibern, Unmündigen, Greisen, Unfreien und Fremdlingen ». Diese in der Auslegung der Quellen höchst problematische Konstruktion eines germanischen Rechts begründet Bornemann ausschließlich durch eine Verweisung auf *Albrechts* berühmtes Buch über die ‘ Gewere ’ (36), außerdem scheint er durch die recht spekulativen Konstruktionen im damals gerade erschienenen ‘ Deutschen Privatrecht ’ von *George Phillips* beeinflußt worden zu sein (37), obwohl er sich teilweise gegen Phillips wendet (38). Die durch Bornemann vermittelte kollektivistische Sicht des germanischen Rechts entsprach im wesentlichen dem damaligen Forschungsstand. Entscheidend ist aber, daß Bornemann nicht wie viele Germanisten

---

(34) BORNEMANN I, 21.

(35) BORNEMANN I, 22.

(36) So BORNEMANN I, 21. Zu Albrechts berühmtem Buch über die ‘ Gewere ’ von 1828 vgl. K. KROESCHELL, *Zielsetzung und Arbeitsweise der Wissenschaft vom gemeinen deutschen Privatrecht*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. I, hrsg. v. H. COING und W. WILHELM (Frankfurt/M. 1974) 249-276, hier 271-276.

(37) Nach G.PHILLIPS, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts*, Bd. 1 (²Berlin 1838, 1. Aufl. 1828). Bereits in der Vorrede zur ersten Auflage führte Phillips aus, daß sich das Deutsche Recht in allen seinen Instituten auf das Prinzip der *Verteidigungsfähigkeit* und *Wehrhaftigkeit* stütze, welches sich auf dreifache Weise äußere: 1. als Verteidigung der eigenen Person (Freiheit), 2. als Verteidigung anderer Personen (Vormundschaft), 3. als Verteidigung von Sachen (Gewere). Phillips beruft sich dabei besonders auf *Albrecht*, dessen Gewere-Theorie er gewissermaßen verallgemeinern will. Der Einfluß der Ideen von Phillips auf die Systemversuche im Deutschen Privatrecht des 19. Jahrhunderts würde eine nähere Untersuchung verdienen.

(38) BORNEMANN I, 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des 19. und 20. Jahrhunderts das frühe germanische Recht in irgendeiner Weise idealisiert. Vielmehr betont er, daß das *Christentum* von vornherein gegenüber der ‘ altdeutschen Rechtssitte ’ in Widerspruch getreten und entgegen dem bisherigen Volksrecht allen christlichen Individuen Rechtspersönlichkeit beigelegt habe. Allerdings habe das Christentum nicht sofort die geltende Rechtssitte verändern, sondern zunächst nur ein « abstract gött1iches Gesetz » formulieren können, so daß sich im Mittelalter ein verwirrender Widerspruch von Rechtsordnungen herausgebildet habe (39). In dieser Deutung des Mittelalters als Zeit geistiger Zerrissenheit ist wohl der Einfluß des Hegelschen Mittelalterbilds erkennbar. Die bisher skizzierten Auffassungen Bornemanns entsprechen somit einem damals gängigen Geschichtsbild. Bemerkenswert ist allenfalls, daß der Verfasser den Germanen, die er ohne weiteres stets mit den Deutschen identifiziert, die Anerkennung grundlegender Rechtsinstitute der modernen Welt abspricht. Sie sollen nur einen eng begrenzten Begriff von Rechtssubjekten gehabt haben; auch hätten sie echtes *Fahrniseigentum* und den Begriff *obligatorischer Rechte* überhaupt nicht gekannt, folglich eine archaische Rechtsordnung ohne Schuldrecht gehabt (40). Die « altdeutsche Rechtssitte » nach der Darstellung Bornemanns entsprach damit schon den Lebensverhältnissen des hohen Mittelalters nicht mehr (41) . Das Verhältnis der altdeutschen Rechtssitte zur christlichen Lehre wird dabei mit hegelianisch klingenden Formeln — abstrakt irdische und abstrakt überirdische Notwendigkeit — als prinzipieller Konflikt geschildert (42). Diesen Konflikt habe man aber dann in Deutschland durch die Rezeption des römischen Rechts überwunden. Das römische Recht habe den germanischen Völkern dasjenige geben können, was im altdeutschen Recht gefehlt habe — Anerkennung der Persönlichkeit und ausgebildetes Obligationenrecht — und sei daher « von der Vorsehung » für die germanischen Völker erhalten worden (43).

---

(39) BORNEMANN I, 28.
(40) BORNEMANN I, 25f.
(41) BORNEMANN I, 29.
(42) BORNEMANN I, 29.
(43) BORNEMANN I, 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Die Rezeption des römischen Rechts wird von dem preußischen Juristen also mit Entschiedenheit bejaht, wobei es übrigens für Bornemanns historisches Verständnis bemerkenswert ist, daß er den Vorgang der Rezeption bereits vor dem 13. Jahrhundert in den *geistlichen Gerichten* beginnen läßt (44), also eine Vorstellung von der in der neuesten Forschung herausgearbeiteten *Frührezeption* hat. Recht ausführlich beschäftigt er sich auch mit der Entwicklung des römischen Rechts in der Antike, wobei er immer wieder betont, daß diese Rechtsordnung die Verwirklichung eines « abstrakten eisernen Willens » gewesen sei, der zunächst absoluter Gesamtwille war, aber später individuelle Interessen einzelner Individuen, den *absoluten individuellen Willen*, verwirklicht habe (45). Diese in verschiedenen Varianten wiederholten Formeln vom Egoismus als Prinzip römischen Rechts sollen offenbar zum Ausdruck bringen, daß das römische Recht in Bornemanns Sicht ein von sittlichen Gesichtspunkten unberührtes, abstraktes Privatrecht im Sinne Hegels war (46). Es entbehrte namentlich der *Liebe*, wie der Verfasser gleich am Anfang seiner Schilderung bemerkt (47). Aus diesem Grunde mußte die Rezeption des römischen Rechts noch durch einen weiteren Faktor ergänzt werden, wofür wiederum providentiell das *kanonische Recht* mit dem Prinzip der Vermeidung von Todsünden bereitgestanden habe (48). Die christlichen Völker mußten diese drei Elemente — altdeutsches National-Recht, römisches Recht, kanonisches Recht — zu einem Ganzen verschmelzen (49); es mußte « ein dem Christentum entsprechendes gediegenes Ganzes geschaffen werden » (50). Aufgrund des teilweise unzulänglichen Bildungsgrads des Volkes habe aber diese Verschmelzung in Deutschland nicht sogleich auf dem Weg der Gesetzgebung erfol-

(44) BORNEMANN I, 65.

(45) BORNEMANN 1, 30-64, besonders 30, 38 und 53.

(46) Zu Hegels aus der Sicht des Rechtshistorikers höchst problematischer Deutung des römischen Rechts vgl. M. VILLEV, *Das römische Recht in Hegels Rechtsphilosophie*, in *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie* Bd. 2, hrsg. v. M. RIEDEL (Frankfurt/M. 1974) 131-151.

(47) BORNEMANN I, 30.

(48) BORNEMANN I, 66.

(49) BORNEMANN I, 65f.

(50) BORNEMANN I, 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gen können, sondern mußte einem abgesonderten Juristenstand anvertraut werden (51). Bornemann übernimmt also Savignys Idee einer Rechtsfortbildung durch die Juristen, das sog. Spezialistendogma (52), gibt ihm aber eine Savignys Tendenz entgegengesetzte Wendung, da er die Zuständigkeit der Juristen mit der mangelnden Reife des Volks zu selbstbestimmter Rechtsfortbildung begründet (53), während bei Savigny bekanntlich die Kompetenz der Juristen aus der steigenden Rechtskultur abgeleitet wird (54). Die Zeit des Usus modernus sieht Bornemann, hierin wiederum abweichend von der historischen Schule, als Höhepunkt in der Geschichte reinen Juristenrechts, da damals die deutschen Juristen ein eigentümliches Rechtsgefühl entwickelt und das gemeine Recht geschaffen hätten, worin nach ihm « eine allerdings nothwendig gewesene Vorarbeit zur Verwandlung des römischen Rechts in einen Complexus angemessener neuer Rechtsschöpfungen » lag (55). Die Doktrin des Usus modernus habe zwar die römischen Regeln oft mißverstanden, aber trotzdem in den auf Irrtum beruhenden Veränderungen materiell häufig die Wahrheit getroffen — sie sei formell mangelhaft gewesen, materiell aber in der Regel sachlich zutreffend (56), « wahr » in der Terminologie Bornemanns.

Nach der Vorarbeit der Juristen war aber eine weitere Fortentwicklung des Rechts zu einem ‘ modernen Rechtsbegriff ’ erforderlich. Das moderne Recht Deutschlands dürfe weder germanisch, noch römisch, noch abstrakt christlich sein (57). Es ist konsequent, wenn Bornemann bei dieser Zielsetzung den Weg der historischen Schule ablehnt, das römische Recht als besonderes

---

(51) BORNEMANN I, 71. Nur durch den Juristenstand sei eine « tumultarische Entwicklung » vermieden worden, was Bornemann mit deutlicher Spitze gegenüber den « Radicalreformern » der Gegenwart vermerkt (a.a.O., 70), die die fehlende Mündigkeit der Masse des Volks nicht berücksichtigen wollten. Hier liegt offenbar der Gedanke einer temporären Vormundschaft des Staates zugrunde.

(52) Hierzu die sehr förderliche Abhandlung von J. SCHRODER, *Savignys Spezialistendogma und die ‘ soziologische ’ Jurisprudenz*, in *Rechtstheorie* 7 (1976) 23-52.

(53) BORNEMANN I, 69 f.

(54) Vgl. SAVIGNY (WIE ANM. 20)12.

(55) BORNEMANN I, 75.

(56) BORNEMANN I, 76.

(57) BORNEMANN I, 85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

System erneut von den anderen Elementen der deutschen Rechtsentwicklung zu sondern. Die Differenz zu *Savigny* erklärt sich letztlich aus der Bewertung des Usus modernus — in dieser Epoche habe sich nicht nur ein *Aggregat* der einzelnen Elemente gebildet, sondern es habe eine *Verschmelzung* zu einem neuen selbständigen und vor allem modernen Ganzen stattgefunden (58).

Die Herrschaft der Juristen im Usus modernus konnte aber nur für eine Zeit des Übergangs und der Vorbereitung gerechtfertigt werden. Nach Ansicht Bornemanns ist schon der rechtstheoretische Vorrang des Gewohnheitsrechts unrichtig, mit dem die historische Schule das Juristenrecht begründen wollte, da diese Lehren die ungestörte Entwicklung des Rechts auf der Grundlage des Volksgeists voraussetzten. Die christlichen Völker hätten aber durch das Christentum zusätzlich zum Volksgeist noch ein « gemeinsames rein menschliches Lebensprincip » gewonnen, das es erforderlich machte, in die naturnotwendige Rechtsentwicklung durch das christliche Sittengesetz im Sinne der Verkörperung von Vernunft und Freiheit einzugreifen (59). Die Grundansicht der historischen Schule wird als *unchristlich* abgelehnt, da sie das Christentum aus dem Leben verweise. Gesetzgebung als umfassende Rechtsfixierung und Rechtsreform erscheint für Bornemann geradezu als eine *Forderung christlicher Ethik*, so daß er wahrlich schweres Geschütz gegen Savigny und dessen Anhänger auffährt. Die ganze Argumentation ist nicht ungeschickt, auch wenn sie dem komplexen Gewohnheitsrechtsbegriff der historischen Schule insgesamt nicht gerecht wird (60). Für den Scharfsinn Bornemanns spricht es auch, daß er bereits darauf hinweist, daß eine nationale Volksgeistlehre die Rezeption des römischen Rechts als Unglück und Übelstand

(58) BORNEMANN I, 84f.

(59) BORNEMANN I, 86.

(60) BORNEMANN I, 87f. Er behauptet, a.a.O. 68, sogar, daß die Fortentwicklung des Rechts in der Form des Gewohnheitsrechts immer zur Lüge führe. Mit Bornemanns Kritik an der historischen Schule setzt sich ausführlich G. HOMEYER in seiner Rezension von Bornemanns Band I auseinander; vgl. HOMEYER, in *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik* (1834) Bd. 1, col. 679-696, 699-701. Homeyer betont (col. 685-688), daß Bornemanns Darlegung der Ansichten der historischen Schule eine Verzerrung sei und er den Beitrag von EICHHORN nicht berücksichtige, da er zu ausschließlich von SAVIGNY ausgehe.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bewerten müsse (61). Neun Jahre vor *Beselers* ' Volksrecht und Juristenrecht ' wird hier die Beselersche Ansicht vom Nationalunglück der Rezeption (62) als das logische Resultat der Kategorien Savignys und Puchtas bezeichnet, natürlich bei Bornemann mit umgekehrtem Vorzeichen gegenüber Beseler, da der Preuße Bornemann die Rezeption als ' die erste freie Handlung in bezug auf das Recht ' emphatisch begrüßt (63).

Bornemann erblickt in der Fortbildung des gemeinen Rechts durch *Gesetzgebung* eine Notwendigkeit aus unterschiedlichen Gründen. Nur durch Gesetzgebung konnte den Forderungen des Christentums entsprochen, Theorie und Praxis miteinander verbunden und schließlich das Recht allen Volksgliedern zugänglich und verständlich gemacht werden (64). Die *volkspädagogische* Seite der preußischen Kodifikation streicht er positiv heraus und kontrastiert damit die Lehre der historischen Schule vom Juristenstand, die allenfalls für vorübergehende Entwicklungsphasen mit kastenartiger Sonderung der Juristen Gültigkeit habe (65). *Der Despotismus der Juristen* sei bei fortgeschrittener Zivilisation nicht mehr zeitgemäß; den Nichtjuristen müsse das entzogene Bewußtsein des Rechts zurückgegeben werden (66), und sie dürften nicht in Geistesknechtschaft und Abhängigkeit verbleiben (67). Höhere Zivili-

---

(61) BORNEMANN I, 88: « Consequenter Weise müßte daher von der historischen Schule die Reception des römischen Rechts wenigstens als ein Unglück und Übelstand betrachtet werden. » Zur Rechtsquellenlehre der historischen Schule vgl. *meine* Arbeit *Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit* (Lund 1993) 69-89.

(62) Vgl. G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig 1843) 42: « die unbedingte Reception des vollständigen Materials (sc. des römischen Rechts — P.L.) und die Unterdrückung und Verkrüppelung des eigenen Rechtslebens, welche notwendig daraus folgten, bleiben immer ein Nationalunglück, welches der Patriot nur beklagen kann, wenn es auch aus der Verkettung der Verhältnisse wie mit Notwendigkeit hervorgegangen scheint »

(63) BORNEMANN I, 88.

(64) BORNEMANN I. 88.

(65) BORNEMANN I, 92.

(66) BORNEMANN I, 93.

(67) BORNEMANN I, 92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sation verlange, daß durch die Gesetzgebung der moderne Rechtsbegriff an das Tageslicht gezogen werde (68).

Sofern nun der moderne Rechtsbegriff zur Gesetzgebung drängt, inhaltlich aber modernes Recht nach Bornemann « fortschreitende Entwickelung der christlichen Wahrheit und Freiheit » verlangte, so konnte natürlich zweifelhaft sein, ob ausgerechnet aufgeklärte Juristen der friderizianischen Epoche besonders geeignet gewesen waren, das dem Christentum entsprechende moderne Recht zu schaffen. Bornemann übergeht dieses Problem keineswegs mit Stillschweigen, sondern löst es in einer für ihn charakteristischen Weise. Die Redaktoren des ALR hätten zwar das Christentum als Prinzip des Lebens ignoriert und vielmehr die vernünftigen und sittlichen Forderungen als Erzeugnis ihrer eigenen schöpferischen Kraft betrachtet (69). Inhaltlich habe aber diese Aufklärungsethik der christlichen Gesinnung entsprochen, so daß das Gesetzbuch die starren Konsequenzen des römischen Rechts im Sinne des Christentums überwunden habe. Bornemann sieht in den ALR-Redaktoren und speziell in der Gestalt von *Svarez* geradezu ideale Gesetzgeber — ausgestattet mit einem verfeinerten lebendigen Rechtsgefühl, aber zugleich mit der Tendenz zur Suche nach einem obersten *Prinzip* im Rechtsmaterial (70). Am Ende stellt der Verfasser fest, daß das Landrecht in einer für Gesetzgebung durchaus günstigen Zeit abgefaßt worden sei und durch den Einfluß der öffentlichen Meinung auf die Redaktion das Rechtsbewußtsein der ganzen Nation in sich aufgenommen habe (71). Man wird dieser Verteidigung des Berufs der preußischen Aufklärer zur Gesetzgebung, die sich mit der Rechtslehre der historischen Schule auf intellektuell hohem Niveau auseinandersetzt, ein erhebliches Maß an Respekt nicht versagen können.

Bornemann vertritt allerdings nicht den Gedanken einer Omnipotenz des Gesetzgebers, den nach seiner Ansicht auch die Redaktoren des ALR nicht teilten, da sie Praxis und Wissenschaft

---

(68) BORNEMANN I, 96.

(69) BORNEMANN I, 114f.

(70) BORNEMANN I, 115. Svarez war nach Bornemann zur gesetzgeberischen Tätigkeit, vorzugsweise berufen', a.a.O. 117.

(71) BORNEMANN I, 116f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

als Erkenntnisquelle des Gesetzes stillschweigend anerkannt hätten (72). Als menschliches Erzeugnis könne kein Gesetzbuch ohne Mängel sein, so daß Wissenschaft und Praxis gemeinschaftlich das Gesetzbuch ergänzen und verbessern müßten. Wie in der historischen Schule gibt es auch bei Bornemann eine dem Gesetzbuch vorgelagerte Schicht von Recht, die er mit der Begriffsprägung « moderner Rechtsbegriff » ausdrückt. Wissenschaft und Praxis prüfen die Entfaltung dieses Begriffs im Gesetzbuch und können sie gegebenenfalls revidieren (73). Im Ergebnis ist der Apologet des ALR damit von der Rechtsquellenlehre der historischen Schule gar nicht so weit entfernt, auch wenn er den Kodifikationsgedanken emphatisch bejaht. Praxis, Wissenschaft und Gesetzgebung sollen sich zu demselben Ziele in die Hände arbeiten (74). Dabei ist die betonte Herausstellung der *Praxis* getrennt von der Wissenschaft schon eine gewisse Vorwegnahme späterer Theorien vom Richterrecht. Bornemann betont ausdrücklich, daß die Praxis aufgrund ihrer Erfahrung Fehlgriffe des Gesetzgebers korrigieren könne und Abirrungen der Wissenschaft von der Wahrheit feststelle (75).

Im bisherigen hatte Bornemann zu beweisen gesucht, daß der moderne Rechtsbegriff nur durch den Gesetzgeber angemessen entwickelt werden könne. Als enthusiastischer Preuße wollte er aber noch zusätzlich den Beweis liefern, daß gerade *Preußen* Gesetzbücher benötige und bereits im ALR ein vorbildliches Werk geschaffen habe. Preußen sei ein Staatswesen, daß aufgrund seiner heterogenen Teile jeder geschichtlichen Basis entbehre (76). Von Anfang an habe man diesen Staat, der ursprünglich nur aus Gebieten karger Naturbeschaffenheit bestanden habe (77), ausschließlich durch planmäßige Selbsttätigkeit entwickeln können. Preußen sei ein Staat des Gedankens und der Vernunft — eine zweifellos aus der Schule Hegels stammende Idee, die Bornemann vielleicht durch den brillanten Hegelschüler und Juristen *Eduard*

(72) Bornemann I, 165-167 und 180-182.
(73) Bornemann I, 162.
(74) Bornemann I, 163f. und 98f.
(75) Bornemann I, 164.
(76) Bornemann I, 120.
(77) Bornemann I, 119.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gans vermittelt wurde (78). Das Bild Preußens ist bei dem gemäßigten Liberalen Bornemann noch wesentlich positiver als bei dem Junghegelianer Gans — letzterer bezeichnete Preußen mit einer ambivalenten Formulierung als *vormundschaftlichen* Staat (79), während Bornemann Preußen auf dem Weg der Befreiung von vormundschaftlichen Relikten erblickte. Für Bornemann besaß Preußen mehr an wahrer Freiheit als England oder Frankreich. Insbesondere würden in Preußen die wichtigsten Grundrechte gelten, obwohl sie nur in Einzelgesetzen und nicht in einer Verfassung positiviert seien. Er zählt einen ganzen Katalog von Grundrechten der Preußen auf: Gleichheit vor dem Gesetz, Gewissensfreiheit, Unabhängigkeit der Gerichte, gleichen Zugang zu Staatsämtern, Privatautonomie, kommunale Selbstverwaltung (80). Das ALR ist ihm nur der erste Schritt einer auch für die Zukunft zu erwartenden reformierenden Gesetzgebung, die aber nicht Gleichförmigkeit als Selbstzweck haben dürfe. Deshalb betrachtet er es auch als eine weise Weichenstellung des Gesetzgebers, daß das ALR die Provinzialrechte nicht unmittelbar außer Kraft gesetzt habe, sondern nur als *subsidiarisches Gesetzbuch* eingeführt worden sei. Für die Gegenwart wendet sich Bornemann entschieden gegen jede Verdrängung des *Code civil* im Rheinland, einmal wegen der von ihm nüchtern konstatierten Identifizierung der Rheinländer mit dem französischen Recht, zum anderen aber auch aufgrund einer positiven Bewertung des napoleonischen Gesetzbuchs, das ebenso wie das ALR eine durch die Kraft des Gedankens hervorgerufene Allgemeinheit enthalte (81). Beide Gesetzbücher sollten in eine Art von intellektuellem Konkurrenzkampf treten. Bei dieser These berief sich Bornemann ausdrücklich auf *Gans*, dem er sich zumin-

---

(78) BORNEMANN I, 122 nennt Preußen einen « Staat des Gedankens und der mit Thatkraft verbundenen Intelligenz » und beruft sich hierfür ausdrücklich auf *Gans*.

(79) So E. GANS, *Über die Untersuchungsmaxime des preußischen Civilprocesses*, in DERS, *Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung* (Berlin 1830-1832) 450-479, hier 471-478. Zum Konzept des vormundschaftlichen Staats bei Gans vgl. jetzt R. BLANKNER, *« Der Absolutismus war ein Glück, der doch nicht zu den Absolutisten gehört ». Eduard Gans und die hegelianischen Ursprünge der Absolutismusforschung in Deutschland*, in *HZ* 256 (1993) 31-66, hier 56f.

(80) BORNEMANN I, 132.

(81) BORNEMANN I, 126f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dest im Bestreben nach der Modernisierung Preußens offenbar verbunden fühlte (82).

Das Ergebnis der von Bornemann durchgeführten Geschichtsbetrachtung ist die Herausstellung des ALR als eines Gesetzbuchs von nationaler Bedeutung. Das Landrecht habe abstraktes römisches Recht in *preußisches Nationalrecht* verwandelt, da es von den Forderungen der christlichen Sittlichkeit und des deutschen Geistes durchdrungen sei (83). Mit der Bezugnahme auf christliche Sittlichkeit weist der Verfasser darauf hin, daß ein gelungenes Gesetzbuch auch universalistisches Ideengut aufnehmen müsse. Preußen habe ein derart vollkommenes Gesetzbuch geschaffen, daß es jetzt auf Gewohnheitsrecht als subsidiäre Rechtsquelle verzichten könne; denn die Gesetzgebung bedürfe nur bei Unvollkommenheit sonstiger Surrogate. Der Preußische Staat habe die Aufgabe einer vollständigen und verständlichen Gesetzgebung zu erfüllen. Das Gesetz müsse deshalb ausschließliche Rechtsquelle sein. Neben ihm dürfe auch das Natur- oder Vernunftrecht keine Anwendung finden, da die in der Naturrechtstradition entwickelten Sätze soweit in das ALR aufgenommen worden seien, als man sie in Preußen realisieren könne. Bornemann betrachtet es als großen Vorzug des ALR gegenüber Österreichs ABGB, daß eine Bestimmung wie § 7 ABGB mit der Verweisung auf die neben dem Gesetzbuch anwendbaren « natürlichen Rechtsgrundsätze » im ALR fehle (84).

Der Gedankengang Bornemanns scheint also auf einen *preußischen Gesetzespositivismus* hinzuführen, der allerdings durch die Hervorhebung der selbständigen Rolle von Wissenschaft und Praxis bei der Fixierung des Geistes gegenüber dem Buchstaben des Gesetzes erheblich abgemildert wird. Trotz der Verwendung von Theorieelementen der historischen Schule liegt hier eine originelle Konzeption vor, die auch mit dem Gedankengut der militanten Germanisten seit *Beseler* nicht übereinstimmt, vielmehr diesem Strang deutscher Rechtswissenschaft diametral entgegengesetzt ist. Der Einfluß Hegels ist bei der Begriffsbildung und auch in dem

(82) BORNEMANN I, 126.

(83) BORNEMANN I, 134.

(84) BORNEMANN I, 175. Das ABGB habe auf das Naturrecht als Rechtsquelle hinweisen müssen, da es « ziemlich lückenhaft » sei.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

etwas naiv optimistischen Geschichtsbild immer wieder deutlich spürbar — Bornemanns Ausführungen sind durch eine hegelianische « Tinktur » gefärbt. Dieses hegelianische Element ist eine Besonderheit der preußischen Rechtskultur seit *Gans* und *Bornemann*, die sich auch in der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals verfolgen läßt (85). Bornemann hat an den Grundthesen seines Lehrbuchs von 1834 auch weiterhin kontinuierlich festgehalten. Das läßt sich aus seiner letzten Schrift von 1856 entnehmen, die schon durch ihren Titel ' Die Rechtsentwicklung in Deutschland und deren Zukunft, mit besonderer Hinsicht auf Preußen ', ein rechtspolitisches Programm vermuten läßt (86). Nach der gescheiterten Einigung von 1848 und angesichts der Arbeit an gemeinsamer Gesetzgebung auf der Ebene des Deutschen Bundes in den fünfziger Jahren sind es nunmehr Fragen zur bevorstehenden deutschen Rechtseinheit, die den Präsidenten des preußischen Obertribunals beschäftigen. Seine rechtspolitischen Thesen entwickelt Bornemann im Zusammenhang mit einem Überblick über die deutsche Rechtsgeschichte, der nicht wesentlich von der Darstellung aus dem Jahr 1834 abweicht. Auch 1856 hält Bornemann daran fest, daß die Jurisprudenz des Usus modernus durch Gesetzgebung ergänzt werden mußte und daß das ALR eine « edle Frucht gewachsenen deutschen Rechtsbewußtseins » sei (87). Das Scheitern einer Revision des ALR nach 1825 hätte Bornemann aus preußischer Sicht eigentlich beklagen müssen, sieht es aber vielmehr als positiv an, da das Scheitern einer Verjüngung des preußischen Gesetzbuchs den Weg zu einem deutschen Rechtsganzen erleichtere (88). Die inzwischen erfolgten Änderungen im preußischen Recht durch eine umfangreiche *Novellengesetzgebung* betrachtet Bornemann mit Skepsis. Diese Novellen seien häufig nicht ausreichend ausgearbeitet und könnten bei ihrem Überhandneh-

---

(85) Hierzu vgl. *meine* Arbeit *Hegel und das preußische Obertribunal*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichtes*, *Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag (München 1991)* 177-195.

(86) BORNEMANN, *Die Rechtsentwicklung in Deutschland und deren Zukunft, mit besonderer Rücksicht auf Preußen* (Berlin 1856).

(87) BORNEMANN, *Rechtsentwicklung*, 52.

(88) BORNEMANN, *Rechtsentwicklung*, 63.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

men für die Systematik des Gesetzbuchs zerstörerisch wirken (89). Für das künftige deutsche Recht schwebt ihm ein zumindest subsidiär geltendes Gesetzbuch wie das ALR vor, so daß die Partikularrechte zum Teil in Kraft bleiben würden (90). Die Schwierigkeiten für einheitliche deutsche Gesetzbücher schätzt Bornemann 1856 noch als erheblich ein. Ein neuer Gedanke ist es jedoch bei ihm, daß er die Bildung eines *Gerichtshofs auf Bundesebene* empfiehlt, um über die Rechtsprechung die Bildung eines modernen gemeindeutschen Rechts zu erreichen. In diesem Zusammenhang verweist Bornemann auf das preußische Obertribunal, das seit 1836 eine « quasi prätorische Thätigkeit » übte (91), indem Preußen durch Kabinettsordre den Einfluß der Rechtsprechung des Obertribunals auf die unteren Gerichte sichern wollte (92). Konflikte der Rechtsprechung zwischen den höchsten Gerichtshöfen der deutschen Einzelstaaten sollten nach ihm durch einen neuen gesamtdeutschen Gerichtshof mit prätorischer Macht beseitigt werden (93). Bornemann, der 1834 noch im modernen Staat das Gesetz als ausschließliche Rechtsquelle proklamiert hatte, setzt nunmehr weitgehend auf *Rechtsfortbildung durch die Gerichte* und verweist auf das Modell des römischen Prätors (94). Von gesetzespositivistischem Denken hat sich der Präsident des Obertribunals wohl aufgrund seiner langjährigen richterlichen Erfahrung weit entfernt.

Bornemann ist durch seine ministerielle und richterliche Tätigkeit sowie durch seine Schriften ein besonders repräsentativer Vertreter einer preußischen Juristenelite, die mit großem Selbstbewußtsein die besondere Tradition des preußischen Rechts

---

(89) BORNEMANN, *Rechtsentwicklung*, 61f.

(90) BORNEMANN, *Rechtsentwicklung*, 79.

(91) BORNEMANN, *Rechtsentwicklung*, 72-76.

(92) Preußische Gesetzessammlung 1836, 218. Hierzu auch R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat* (= Rechtsprechung. Materialien und Studien 1, Frankfurt/M. 1986) 193; W. KIRCHNER, *Generell bindende Gerichtsentscheidungen im reichsdeutschen und österreichischen Recht* (= Untersuch. z. deutsch-österreichischen Rechtsangleichung Bd. 8, Leipzig 1932) 25f.

(93) BORNEMANN, *Rechtsentwicklung*, 80.

(94) BORNEMANN, *Rechtsentwicklung*, 72 spricht davon, daß das Obertribunal berufen sei, eine quasi prätorische Tätigkeit zu üben.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pflegte (95). Natürlich wäre es unzulässig, sein liberal geprägtes Rechtsverständnis mit dem der Redaktoren des ALR mehr oder weniger zu identifizieren. Dagegen scheint es mir legitim zu sein, Bornemanns Schriften als *Schlüssel* dafür zu verwenden, wie sich die preußische Juristenelite mit dem Erbe des ALR im 19. Jahrhundert auseinandersetzte. Der literarisch bemerkenswert aktive, erfolgreiche Bürokrat Bornemann verband *liberale* Auffassungen mit unbedingter *Königstreue* und einem *Kulturchristentum*, das zwischen den Idealen der christlichen Ethik und dem Ideengut der Aufklärung keinen Widerspruch erblickte. Bornemann bekannte sich zu einer preußischen Staatsidee, die er primär nicht mit der Geschichte dieses Staatsgebildes legitimieren wollte, sondern mit einer *zivilisatorischen Mission* Preußens, zu der auch eine Art Vorreiterrolle bei der Entwicklung des modernen Rechts gehören sollte. Das Allgemeine Landrecht von 1794 konnte be1egen, daß man schon im 18. Jahrhundert besonders intensiv die Vervollkommnung des Rechts zu einer Staatsaufgabe Preußens gemacht habe und nun auf diesem Wege fortfahren müsse. Der vielleicht erfolgreichste deutsche Rechtspolitiker der Bismarckzeit, der Justizminister *Heinrich Friedberg,* verdankte seine Karriere weitgehend Bornmanns Förderung und fühlte sich ihm offenbar in besonderer Weise verbunden (96). In der Literatur zur preußischen Geschichte hat man bisher dem Staatsgedanken Preußens große Aufmerksamkeit gewidmet (97). Die deutsche Rechtsgeschichte sollte es nunmehr als eine ihrer Aufgaben betrachten, auch den *Rechtsgedanken Preußens* im 18. wie im 19. Jahrhundert noch intensiver als bisher zu erforschen.

---

(95) Auch für Dernburg war das ALR « ein geistiger Besitz der Gesamtnation » — also mehr als ein Provinzialrecht, vgl. LUIG (wie Anm. 14) 239 und SUSS (wie Anm. 14) 49-51.

(96) Zu HEINRICH FRIEDBERG (seit 1888: v. FRIEDBERG) vgl. H. HATTENHAUER (wie Anm. 10).

(97) Hingewiesen sei insbesondere auf die bedeutende Abhandlung von U. SCHEUNER, *Der Staatsgedanke Preußens* (= Studien zum Deutschtum im Osten 2) Köln/Wien 1965 (^{2} 1983).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

LEY DEL CODIGO: TRANSPLANTES Y RECHAZOS CONSTITUCIONALES POR ESPAÑA Y POR AMERICA

1. *Paciente:* el derecho en un texto. — I. *Clínica española.* 2. Parte de ingreso: código por delante de constitución; 3. Episodio traumático: los derechos y el parlamento; 4. Operación fallida: la recepción a medias; 5. Complicación añadida: nuevos títulos preliminares; 6. Estado estacionario: el título español. — II. *Laboratorio americano.* 7. Prueba de contraste: el código entre indígenas; 8. Activación del virus: extrañamiento de la costumbre; 9. Secuela morbosa: resentimiento de los derechos; 10. Enfermedad crónica: ignorancia entre culturas; 11. Cuerpo extraño: unos títulos coloniales; 12. Cura de aires: la ley entre derechos. — III. *Patología constitucional.* 13. Duelo prematuro: el imperio de la ley; 14. Sucesión en vida: la ley tras la ley.

1. Hay concepciones del derecho, hay prácticas jurídicas y hay textos que encierran concepciones y prácticas. Con ellos se imponen y mediante ellos se propagan. Hay textos que contienen paradigmas. Es el caso del título preliminar que va en cabeza del código civil francés y es el caso, el mismo caso, de los títulos preliminares que han seguido el ejemplo haciéndose encabezamientos característicos de los códigos civiles por las más diversas latitudes. En el primero, en el título francés, en los seis artículos breves y cuatro de ellos brevísimos que lo componen, tenemos un paradigma que identifica derecho y ley. Con él, con el texto, se impuso, y mediante él, mediante el texto, se propagó. Es lo que aquí me interesa. Por ello, por esta razón sustantiva, voy a ocuparme del texto. Va a ocuparme, no el original francés, sino la réplica castellana, la versión en esta lengua española (1).

(1) Un anticipo, una entrada al tiempo napoleónico y al espacio peninsular, ha constituido mi participación en un simposio italoespañol reunido los días 12 y 13 de enero de 1994 por iniciativa de Francisco Tomás y Valiente con motivo de la investidura de Paolo Grossi como doctor honorífico de la Universidad Autónoma de Madrid. Me es

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El texto, el *Titre préliminaire,* es de un código tan significado como para acabar por tener nombre propio, el *Code Napoléon*, igual que el de su promotor, el Bonaparte. De él lo toma, mas sin partícula posesiva, como apelativo realmente suyo. Será el *Código Napoleón* en castellano. Y vale la prosopopeya. *Napoléon* es el *Code, Napoleón* es el *Código* y, si se me permite la expresión, *Napoleónidos* son muchos códigos con casi tantos títulos preliminares, múltiples textos, multitud de satélites, aunque no siempre, como veremos, criaturas. Si entro en ello, si me adentro en el trasiego de este género literario, de esta clase de escritos, es por hacer, no filología de un texto, de unos textos, de títulos preliminares en castellano, sino estudio del paradigma de identificación del derecho con la ley en una de las encarnaciones idiomáticas del texto que lo encarna. Trato de esta concepción del derecho por los medios europeos y americanos de expresión española. Hago en concreto este análisis textual y esta indagación jurídica. Mi materia es texto, sólo texto, y mi objeto es derecho, solamente derecho, tampoco así la historia (2).

La misma historia me interesa por lo que pueda tener, no de pasado perdido, de curiosidad recóndita, sino de presente vivo, de actualidad patente. Me importa, por viva, una problemática constitucional de derechos y procedimientos. Quiero ocuparme de los problemas de este orden específico que la concepción del *Code Napoléon,* las versiones como *Código Napoleón* y la producción de *Códigos Napoleónidos* impliquen. Por su identificación entre derecho y ley, por esta noción de partida, se trata de una problemática que no encontraremos de forma explícita en el texto, en el *Título preliminar* o los títulos preliminares, en plural realmente, que vierten un *Titre préliminaire*, como por lo común tampoco en una sucesión de textos y más textos, de títulos preliminares y más títulos preliminares que seguirán modelando el original, pero es problemática

---

grato extenderle el ofrecimiento, como director de los *Quaderni Fiorentini*, al trabajo adulto. El debate del simposio le infundió aliento. Raquel Rico, Marta Lorente y Carmen Muñoz de Bustillo me prestaron ayuda. La parte americana no hubiera podido concebirla sin Magdalena Gómez.

(2) Argumento la posición, ahorrándome ahora preámbulo, en el estudio preliminar a mi edición de Jean Louis DE LOLME, *Constitución de Inglaterra*, Madrid 1992, pp. 75-85, para materia que puede además aquí, como se verá, servir de contrapunto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

también que, si ponemos atención, no dejaremos de ver desde un primer momento ni de hallar incluso en algunas de las versiones también desde temprano. Por distracción de constitución precisamente, la historiografía del caso, que iré citando (3), no nota ni trata unos extremos fundamentales tanto para ayer como para hoy, tanto para un momento pasado como para el presente, también y sobre todo para un momento propio, el nuestro.

> Adoptar la disposición del Código Francés sería un tránsito demasiado duro.
>
> Florencio García Goyena, 1852

2. El *Titre préliminaire* del *Code civil*, el título preliminar del código todavía sin nombre propio, se aprueba el cinco de marzo de 1803 y está promulgado y publicado diez días después (4). El *Mercurio de España* de fecha de dicho mismo mes de marzo, aun distribuido realmente tras el verano, ya publica una traducción castellana, un *Título preliminar.* Esta revista entre mensual y quincenal, que es órgano oficial por dependiente de secretaría de despacho de la monarquía, comienza así, con toda diligencia, la traslación y publicación de una versión española del código francés (5). Se inicia el movimiento que hará del mismo el código civil por antonomasia o el código sin más por excelencia en razón no solamente de novedad, sino también y sobre todo de influencia. Comienza la importación del que podrá decirse, con conocimiento de causa,

---

(3) Bibliografía registro en el capítulo sobre codificación de mi *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia,* Madrid 1991, pp. 61-128 (= *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 18, 1989, pp. 79-145), pudiendo ser ahora también en esto más específico y parco. Algún servicio han de rendir las referencias propias.

(4) *Code Civil des Français. Edition originale et seule officielle,* París, año XII — 1804 (reprint 1982), indicando las sucesivas fechas de aprobación y promulgación a partir de la dicha del *Titre préliminaire,* 14 Ventoso del año XI (5 de marzo de 1803).

(5) Raquel Rico, *Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la Gaceta de Madrid y el Mercurio Histórico-Político,* pp. 272 y 292-301, en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 57, 1987, pp. 265-338. En el *Mercurio de España*, que es el nombre del *Mercurio Histórico-Político* en estos años, la publicación del código proseguirá aun sin mantenerse el ritmo de la original.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« inmortal Código Napoleón, prototipo y modelo » (6). Comprobaremos todo esto: que merece el nombre propio por ser prototipo, por ser modelo y por ser, hasta hoy, inmortal. Ya digo que es todo un paradigma.

Así que tenemos no sólo un texto, sino todo un paradigma del derecho. El *Code,* su *Titre préliminaire,* lo define y el *Código,* su *Título preliminar,* lo recibe. El uno lo transmite y el otro lo retransmite. Lo tenemos en el mismo año de 1803 vertido al castellano. Está el título: *De la publicación, de los efectos, y de la aplicación de las leyes en general* (7). Y está el concepto. El epígrafe sólo habla de ley porque solamente de ley entiende. La noción del derecho que contiene se identifica en efecto con la ley. Es derecho de fuente única, la ley. La justicia consistirá en su aplicación, debiéndose siempre a ella, a la ley. Artículo cuarto: « El Juez que se niegue a juzgar, con pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delinqüente de denegación de justicia ». La misma justicia, su jurisprudencia, no puede ser fuente. Lo es sólo la ley. Artículo quinto: « Se apercibe a los Jueces de terminar, por vía de disposición general o reglamentaria, sobre las causas que conocen », sin entrar para nada la previsión de que la jurisprudencia judicial pudiera transcender por otras vías. De hecho ni se nombra esta jurisprudencia. Toda esta consideración de la justicia no lo es de una fuente.

No se consideran tampoco otras fuentes aparte siempre de la ley. No hay mención de jurisprudencia no judicial ni, como fuente, de costumbre. Y no la hay por una misma razón, porque quedan igualmente descartadas. La ley rige en exclusiva. Y el primer parágrafo del artículo primero, la primera disposición del código, ha dejado bien claro lo que se entiende por ley, una idea bien sencilla, el precepto promulgado por la autoridad política constituída: « La leyes son executivas en todo el territorio Francés, en virtud de la promulgación que de ellas se hace por el primer Cónsul », sin

(6) Alejo GARCÍA MORENO, *Texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán promulgado el 18 de agosto de 1896 con la exposición de motivos, ley de introducción y disposiciones transitorias,* Madrid 1897, p. 5, presentando este otro. El conocimiento de causa lo constataremos.

(7) *Mercurio de España,* número indicado de marzo de 1803, pp. 280-281 en concreto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

expresión de ningún otro requirimiento de formación o acuerdo. Unos requisitos son de otra índole, para una ley ya formada. Son de seguridad.

El derecho es ley y el derecho, la ley, ha de ofrecer ante todo seguridad, una seguridad relativa: ser ley irretroactiva y ser ley hecha pública, con presunción de conocimiento tras su promulgación. Artículo segundo: « La ley sola (así, por sólo) dispone para lo futuro, y no tiene efecto retroactivo ». Parágrafo segundo e inicio del tercero del artículo primero: « Se executarán (las leyes) en qualquiera parte de la República desde el instante en que se puede tener conocimiento de la promulgación. Se reputará conocida la promulgación » tras el transcurso de un tiempo de días a partir de la publicación central, única publicación necesaria.

La ley es el derecho; lo determina. Es así determinante de la libertad, de una libertad privada que el código admite. Artículo sexto: « No se podrán derogar, por convenios particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres », buenas costumbres y orden público que, si así no se entienden por encima de la ley, serán los que la ley hace o haga suyos. Ella misma determina el grado de su propia imposición y de consiguiente admisión de libertad, de una práctica de libertades. La mención de costumbre, de unas buenas costumbres, no lo ha sido de fuente.

La vigencia de la ley es territorial salvo en aquello que pueda directamente interesar a derechos de los individuos, en cuyo caso es personal. Parágrafo tercero del tercer artículo: « Las leyes concernientes al estado de la capacidad de las personas (así, por el estado y la capacidad) obligan a los Franceses, aunque residan en países extrageros ». La declaración se hace sobre el supuesto especificado por el artículo séptimo, que ya es el primero sustantivo del código, primero de su primer libro, el de personas, y este supuesto es el de que los derechos dependen de las leyes, que quedan a su resulta, y no a la inversa (8).

El derecho se identifica con la ley o la ley en todo caso identifica siempre el derecho. Este mismo título preliminar es ley sobre la ley, derecho sobre el derecho, constitución sobre la constitución. Así se

(8) *Mercurio de España,* abril de 1803, p. 350.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha recibido un título y así con él se recibe todo un paradigma, todo un concepto, todo un modelo, todo un prototipo, como justamente se nos ha dicho. Es una primera recepción que parece pacífica e incluso en momentos entusiasta. El mismo *Mercurio*, esta misma revista oficial, no deja de traducir discursos no sólo de presentación y motivación, sino también de valoración y exaltación del código: « lo más perfecto que se puede esperar de los hombres; lazo augusto e indiscutible que debe unir para siempre a los ciudadanos de la gran nación; pacto sagrado, salvaguarda de todos los derechos civiles », derechos individuales se entiende, unas libertades (9).

Es un encomio al que no parece afectar la entronización dicha de la ley como única fuente del derecho. El mismo código y con él la traducción no ha dejado de puntualizar que los derechos dependen de las leyes, que no concibe derecho alguno por encima de la disposición de la ley, pero esto, precisamente esto, esta dependencia política del orden jurídico, parece asumirse como expresión y garantía del propio derecho. En este sentido, como principio inspirador de la ley que así queda a disposición suya, la exaltación también es de los derechos, de las libertades. Una recepción tan temprana como favorable alcanza plenamente a estos conceptos fundamentales del código sobre el derecho.

La acogida no es tan positiva en toda la prensa oficial, en la que era dependencia política. También está la *Gaceta de Madrid,* periódico diario de mayor difusión que el *Mercurio,* la revista entre mensual y quincenal. Por estas fechas no es raro que repitan textos normativos, que la revista recoja los ya publicados por el periódico, pero éste no es el caso con el código. La *Gaceta* no lo ignora, pero tampoco procede a la noticia pacífica y aún menos exultante. También desde temprano se hace eco de la novedad, recogiendo y traduciendo pareceres y discursos más bien adversos, sobre todo respecto a materias que interesan entonces a religión como la de familia (10).

Tampoco es en todo caso la actitud más desfavorable. Dicha prensa oficial no había podido ignorar completamente unos acontecimientos revolucionarios (11), pero había silenciado y así ningu-

---

(9) *Mercurio de España,* julio de 1803, discurso de pp. 216-225, cita en p. 217.

(10) R. RICO, *Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII,* p. 299 citada.

(11) Mª Dolores SAIZ (y Mª Cruz Seoane), *Historia del periodismo en España,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neado una legislación revolucionaria, la que desde 1789 había cancelado en Francia todo el sistema jurídico anterior reduciendo el derecho a ley y allanando así la posibilidad del código, del título preliminar, del modelo, del prototipo. Ahora hay en cambio acogida y esta acogida oficial. Entre la exaltación y la polémica, el código llega. Llega ante todo su concepción del derecho.

Se encuentra ante una concepción tradicional que era de pluralidad de fuentes, la jurisprudencia y la costumbre junto a la ley e incluso potencialmente sobre ella, y que era también de concurrencia de la religión en el propio campo del derecho, en el terreno de las mismas fuentes, dentro tanto de la jurisprudencia como de la ley y como no menos de la costumbre. Era aún un sistema en el que no había cabida para un poder legislativo, para la ley como poder constitutivo (12). Es cosa que haría el código difícil, si no imposible, aunque se recibiera así su idea. Y esto, todo esto, existía todavía en España, lo que no podía dejar de advertirse ni incluso cuando se contemplaba el panorama desde la posición parcial de la ley como capítulo *Preliminar* (13), desde la perspectiva que, con mayor parcialidad, proyectándose composiciones posteriores, llegándose a perder la misma advertencia de una pluralidad de base y una carencia de raíz, se ha hecho en la historiografía lugar común (14).

Estamos en España durante unos años en los que, dentro de dicho sistema de pluralidad de fuentes, quiere reforzarse la presencia y el papel de la ley bajo formas como ésta de un código con el interés correspondiente para un apoderamiento de la monarquía que la tiene a su disposición. Antes de la producción del modelo francés, del prototipo, esta posición no se figuraba la posibilidad de reducir el derecho a ley, a esta sola fuente. No era cosa ni siquiera imaginable antes de una revolución como la francesa que estaba en el origen del código, con anterioridad a alguna cancelación revolucionaria de la pluralidad

---

Madrid 1983, I, pp. 244-248; Mª Aurora ARAGON, *Traducciones de obras francesas en la Gaceta de Madrid en la Década Revolucionaria (1790-1799),* Oviedo 1992.

(12) Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350),* Madrid 1992.

(13) Ramón Lázaro DE DOU Y BASSOLS, *Instituciones del Derecho Público de España,* Madrid 1800-1803 (reprint 1974), vol. I, *Preliminares*, capítulos segundo y tercero.

(14) Grupo '77, dirigido por Miguel ARTOLA, *La legislación del Antiguo Régimen,* Madrid 1982; Isabel CABRERA BOSCH, *El Consejo Real de Castilla y la Ley,* Madrid 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de fuentes. Es cosa que ahora ya se tiene ante la vista y que puede utilizarse a favor de una posición no revolucionaria, de un proyecto monárquico de recomposición de las fuentes (15).

En este contexto, puede comprenderse la traducción y publicación oficiales, esta recepción primera. Podía asistir, si no a una reducción a la unidad, a alguna recomposición de la pluralidad a favor siempre de la ley. Públicamente, la puesta en vigor del código no se plantea, pero la propaganda se efectúa. No es lo mismo la promulgación francesa que la publicación española, pero ésta también era oficial.

Una recomposición de las fuentes no se produjo en España. La presencia del modelo no tuvo de momento mayor significación. A continuación, en 1805, lo que la monarquía española produce no es nada parecido a un código, sino una recopilación, la llamada Novísima, cuya promulgación, en lo que ahora nos importa, puede reafirmar su potestad legislativa, pero no alterar el sistema de fuentes. Título de fuentes como el preliminar francés, aunque fuera con otro contenido, la recopilación no lo tiene pues está lejos de ella plantearse, no ya una reducción a ley, sino ni siquiera una recomposición bajo ley (16). Esta recopilación nos interesará, no por sí misma, testimonio al fin y al cabo y además muy parcial del sistema constituído, sino por la impugnación que suscitará desde el punto de vista del código, por la conocida crítica de Francisco Martínez Marina. Lo veremos luego, porque la posición de este autor ya será expresiva de la problemática constitucional aún no planteada.

Por lo pronto el texto se recibe e incluso por partida doble. Ya se sabe que en las puntas de las bayonetas del ejército francés viene también, viene aquí por segunda vez. Código requerirá en 1808 la Constitución de Bayona, constitución napoleónica y de un derecho napoleónico para España (17). Y código circulará por los años de la presencia francesa no sólo en versión original, sino también en nueva

---

(15) B. CLAVERO, *La idea de código en la Ilustración jurídica,* en *Historia. Instituciones. Documentos,* 6, 1979, pp. 49-88.

(16) B. CLAVERO, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea,* Madrid 1982, pp. 53-64.

(17) Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Bayona en Andalucía: El Estado Bonapartista en la Prefectura de Jerez,* Madrid 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traducción, ahora completa y exenta. En 1809, entre Bayona y bayonetas, se publica la versión española de lo que ya tiene nombre propio, *Code Napoléon* traducido *Código Napoleón,* y que no es sólo así francés (18). Así se presenta: « El código civil era la ley particular de los franceses; hoy ha llegado a ser la ley común de los pueblos de una parte de Europa », *ley común,* ley que pretende sustituir al *derecho común* que es como se conocía el sistema anterior y el cual aquí, en esta presentación, es objeto de una completa descalificación. No se oculta el orgullo de que no exista por lo visto un sistema jurídico mejor que el encarnado en esta *ley*, que el representado por este código, por el *Código Napoleón.* Es un derecho de vocación realmente universal el que ahora tenemos reducido a ley y « traducido al castellano » (19).

Tenemos nuevamente su título preliminar: *De la publicación de las leyes en general, de sus efectos y aplicación.* Tenemos de nuevo, en nueva y mejor traducción, sus artículos más expresivos de reducción del derecho a ley, el cuarto y el quinto: « El juez que se niegue a dar sentencia a pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como reo de denegación de justicia. Se prohibe a los jueces fallar en las causas que se sujetan a su decisión por vía de disposición general y reglamentaria ». Y tenemos una nueva y distinta versión del parágrafo inicial: « La leyes obligan en todo el territorio francés en virtud de la promulgación que de ellas hace el Emperador », ya no un cónsul. Tenemos así en primera línea una imagen de lo más monárquica de la fuente del derecho, de su fuente única, la ley. Puede el modelo realmente recibirse como tal. En España, en esta monarquía, se precisa un cuerpo legislativo y se debe « tomar por modelo de la obra el código Napoleón » (20). He ahí el prototipo, modelo desde un principio.

3. Hay un reducto antinapoleónico en Cádiz, que se expandirá. Y fuera de control napoleónico también existe la América de

---

(18) *Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807,* Madrid 1809 y Valencia 1812.

(19) *Gazeta de Sevilla,* 23 de noviembre de 1810, anunciándolo.

(20) *Discurso sobre la necesidad de una nueva legislación para todas las provincias españolas y sobre los medios de formarla por un Antiguo Magistrado,* Madrid 1810, p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

imperio español, desde el Oregón hasta la Patagonia. Para este espacio comienza por querer producirse alternativas al *Código Napoleón* echándose mano de cosas como, por iniciativa americana, concretamente mexicana, la legislación del Haití independiente en lucha también contra Francia. Expresa una idea del derecho como ley y como costumbre, ley de carácter sustancialmente napoleónico y costumbre empero compatible, sin código que la impidiese y con constitución que la admite; durante unos primeros años no se recibe en Haití el *Code Napoléon* (21). Al propósito de nuestro caso, no es un material que resista la confrontación. A él además se recurre por su signo bélico y no por su entidad jurídica. Es una simple escaramuza en una lucha entre constitución y código más difícil de librar que la guerra bruta.

Empieza con pena y sin gloria. La constitución de 1812, la Constitución de Cádiz, requiere código. Es una constitución que ya de por sí, tras el modelo al que el *Código Napoleón* ha dado forma, reduce el derecho a ley, única fuente de la que hace previsión, pero que no la entroniza en cambio de un modo tan absoluto, pues a la misma ley la sujeta en principio al planteamiento de una primacía de derechos, de derechos individuales, que se entiende constitucional y que se quiere operativo (22). Unos requerimientos precisamente constitucionales, estrictamente tales, van a estorbar ahora la recepción del modelo que el título preliminar del *Código Napoleón* ofrece (23).

El proyecto de código civil que se prepara bajo la Constitución de Cádiz por el propio parlamento, la parte que se hace pública en

---

(21) Juan LOPEZ CANCELADA (traducción), *Código formado por los negros de la Isla de Santo Domingo de la parte francesa hoi estado de Haytí,* Cádiz 1810, constitución de 1807, artículos décimo cuarto, para la ley como disposición del poder constituído, y cuadragésimo segundo, para la costumbre como parte del derecho junto a la ley.

(22) Marta LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución,* Madrid 1988; Clara ALVAREZ, *El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales,* en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 59, 1989, pp. 283-350.

(23) Para sucesivas referencias constitucionales españolas puede convenir que remita, pues mira a estos extremos, a mi *Manual de Historia Constitucional de España,* Madrid 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1821 (24), no deja de presentar un título preliminar *De las leyes* conforme al modelo napoleónico, pero no en conformidad con el mismo. Sirve la idea, pero no el contenido. Su presentación ya es distinta, con una división en cuatro capítulos: *De la naturaleza de la ley y de sus emanaciones, De la formación de las leyes, De la expedición, circulación y promulgación de las leyes* y *De la observancia de las leyes.* Y la diferencia se acentúa con el articulado. Los tres primeros capítulos nos ofrecen una especie de reglamento del procedimiento legislativo que ante todo incide en la formación parlamentaria de la ley, en este requerimiento constitucional ausente del texto napoleónico.

Todavía hay más. Tras el título preliminar, allí donde el modelo manifestaba que los derechos dependen de las leyes, aquí venimos a entrar, con una parte primera *De los derechos y de las obligaciones individuales,* un libro primero *De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general* y un título primero *De la naturaleza de los derechos y las obligaciones,* en una especie de declaración de derechos, este otro requerimiento constitucional que subordina la fuente única, la ley, a un principio, no de poder monárquico, sino de derecho ciudadano, de derechos ante todo individuales, fuente entonces de la fuente.

Pues la fuente inmediata es única. Sigue siéndolo. Porque la concepción de los derechos esté presente, el concepto del derecho no deja de ser el legislativo. En el mismo título preliminar, en su capítulo cuarto y último, encontramos dicho mismo concepto con expresiones que comienzan a mirar y aprovechar el texto napoleónico acogiendo e incluso reforzando su planteamiento (25). Así, como refuerzo, hay cuidado por negar expresamente la costumbre ante ley. Artículo trigésimo: « Las leyes no pierden su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios ». Asi comienzan a formularse explícitamente reglas entendidas en el modelo francés,

---

(24) Juan Francisco LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española,* Madrid s.f. (desde 1970), vol. IV, *Codificación Civil,* tomo 2, Textos, texto I, que incluye también en su caso, como éste, las exposiciones de motivos o preámbulos explicatorios que, sin repetición de notas, aprovecho y cito.

(25) Mariano PESET, *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821,* pp. 41-50, en *Anuario de Derecho Civil,* 28, 1975, pp. 29-100.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principios que allí no necesitaban la especificación, con el fin de reforzar los flancos de la ley y no con otra finalidad.

Un primer refuerzo se entendía necesario por el mismo reconocimiento tradicional precisamente de la costumbre como fuente. « ¿Puede haber un axioma más pernicioso en legislación? », era el interrogante retórico, con su respuesta entendida, del discurso preliminar o exposición de motivos de este proyecto. Para cargarse de razón añadía que la ley y sólo « la ley es el origen de todos nuestros derechos », que otra cosa no cabe. Mas algo también se concedía. « Tal vez merecerán conservarse y generalizarse varios usos y costumbres, por las que se gobiernan en algunas provincias ciertas clases de intereses », pero sólo se admite un procedimiento para ello: « el legislador debe sancionarlas y fijar sus límites con precisión ». Otra no hay para el concepto del derecho propio del código.

Con este concepto del derecho y todo, estamos ante un repudio constitucional del título preliminar del *Código Napoleón*, su primer rechazo aquí de esta índole. No se le utiliza en una parte fundamental por la razón más sustantiva de que quiere plantearse el derecho, un derecho que se identifique con ley, sobre aquellos supuestos constitucionales expresos de inspiración de derechos y procedimiento de parlamento. Mas será un rechazo ya éste primero, aparte de problemático, frustrado. Estamos ante un proyecto que se frustra desde su propio planteamiento dado que, bajo las premisas legislativas del texto constitucional, no sabe progresar en dicha línea más propiamente tal, en una dirección sustantivamente y procedimentalmente constitucional. Queda en proyecto incompleto. No habrá todavía código propio. No lo habrá de dicho planteamiento de derechos y parlamento. El texto napoleónico, texto coherente y completo, seguirá siendo el modelo. Puede seguir siéndolo en el mismo campo constitucional de la generación gaditana.

Significativo es el caso mencionado de Martínez Marina, quien había recibido la recopilación de 1805 con los improperios más peyorativos: « vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas, edifico monstruoso compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables, hacinamiento de leyes antiguas y modernas publicadas en diferentes tiempos y por causas y motivos particulares y

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

truncadas de sus originales » (26). Adviniendo acto seguido la experiencia de una libertad de expresión con la Constitución de Cádiz, la descalificación podrá extenderse de las cuestiones de forma a las de contenido. Ahora se acusan cosas como la manipulación que había suprimido de la recopilación unas normas tradicionales de participación a través de cortes que, ante un horizonte precisamente constitucional, pudieran resultar incómodas como mínimo para la monarquía (27). No parece que así entremos en la órbita del modelo napoleónico, pero llegaremos a ella. Llega Martínez Marina (28).

Llega porque, en un periodo de nuevo no constitucional, abolida la libertad de expresión como otras libertades, suprimidos los derechos, Martínez Marina es acusado de injurias por su crítica a la recopilación y procede a defenderse (29). Pasamos de unos años de libertad a otros de censura (30). Ahora es cuando redacta como escrito de defensa Martínez Marina un pormenorizado *juicio crítico* de la recopilación que, con las dificultades propias de la carencia de derecho y del riesgo de condena, intenta ofrecer alguna idea del código como alternativa (31). Entre los códigos existentes, se atreve a decir que, aunque ninguno es perfecto, el francés « se aventaja a todos » (32). La ventaja no se explica. O no se hace expresamente. Pero de hecho, a lo largo de este enjuiciamiento en toda regla del

---

(26) Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla,* ed. Biblioteca de Autores Españoles, vol. 194, Madrid 1966, pp. 1-354, parágrafo XI.12.

(27) F. MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla,* ed. José Manuel Pérez Prendes, Madrid 1979, *Discurso Preliminar,* par. 98.

(28) B. CLAVERO, *Der Code Napoléon und die Konzeption des Rechts in Spanien,* en Reiner Schulze (ed.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts,* Berlín 1994, de donde parto, de Martínez Marina, y a donde retorno.

(29) Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Martínez Marina, historiador del derecho,* Madrid 1991, cap. 8.

(30) F. TOMAS Y VALIENTE, *Expedientes de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX,* en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 34, 1964, pp. 417-462; Alicia FIESTAS, *La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español,* en el mismo *Anuario,* 59, 1989, pp. 351-490.

(31) F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación,* ed. Biblioteca de Autores Españoles, mismo volumen CXCIV, pp. 355-480, *Introducción.*

(32) F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico,* par. I.5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contramodelo propio, no dejan de asomar unas razones para dicha preferencia.

En un capítulo dedicado a normas que se desean y no se tienen, « leyes omitidas y que se echan de menos en la Novísima Recopilación », se hace referencia a unas básicas, a unas leyes sobre leyes y así leyes superiores. Serían aquéllas que fijasen unos requisitos de seguridad como la publicidad y la irretroactividad demostrándose capaces de sujetar la justicia a sus criterios (33). No se menciona ya el modelo, pero se encuentra presente. Opera. Lo que está exponiéndose y encareciéndose es realmente el título preliminar del *Código Napoleón,* esta ley sobre la ley, este derecho sobre el derecho, este verdadero fundamento de todo un sistema jurídico sobre la base de la identificación más completa entre el uno y la otra, entre el derecho y la ley. Es así sustancialmente esto, el título napoleónico, lo que ahora se defiende y reclama.

Pero no olvidemos las circunstancias, por lo que pudieran pesar. El *juicio crítico* de Martínez Marina no es defensa que se produzca en momento constitucional, en un momento de libertad. Respecto al concepto de derecho del *Código Napoleón* puede haber un fondo de desacuerdo que aquí no se manifiesta. No todo se dice ahora. Frente a la situación dada de compilación arbitraria y composición monstruosa del ordenamiento, sabe valorarse la fijación normativa de la codificación napoleónica. Mas ante un horizonte de carácter constitucional, en estas diversas circunstancias, puede haber en cambio otras exigencias. Son las que entonces, en situación no constitucional, se silencian.

Una exigencia ya se ha puesto de manifiesto, la que se refiere a la institución de las cortes o al procedimiento parlamentario en la confección de las leyes. Es un requisito que no está en el *Código Napoleón,* que tampoco podía defenderse en la época del *juicio crítico,* pero que Martínez Marina había hecho suyo. Otra exigencia se encontraba con las mismas dificultades de ignorancia por el código francés e indefensión bajo la recopilación española, mas fue también conocida y propugnada por parte de dicho autor, del mismo Martínez Marina. Me refiero a la noción de unos derechos o

(33) F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico,* par. X.5-8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libertades individuales como categoría superior a la de ley, como requerimiento sustantivo que así se sumaba e incluso anteponía al procedimental. En texto ulterior que miraba al horizonte constitucional, no destinado a hacerse público en otro momento, en sus *principios naturales de la legislación,* Martínez Marina no dejará de adoptar y defender esta posición de los derechos incompatible con la idea del derecho de la codificación. Deben ser sus principios y no sus resultantes, unos principios constitucionales los derechos que se dicen naturales en este sentido de no quedar a la disposición del legislador, de poder ninguno (34).

La preferencia por el *Código Napoleón* sigue siendo cosa de fase no constitucional. Puede serlo no sólo para la posición monárquica que refuerza un poder legislativo dentro de un sistema de pluralidad de fuentes, sino así también para una perspectiva no constitucional, todavía no constitucional, que encuentra en el código, con su régimen de unicidad, unas garantías de seguridad muy superiores a estas alturas a las de dicho otro sistema. Llegado el momento constitucional, abierto este horizonte, las cuestiones son otras: la primacía de los derechos y el carácter parlamentario de la ley, de esta fuente del derecho. El título preliminar del *Código Napoleón* parece quedar entonces fuera de juego.

4. Pero no ocurrirá esto, no parecerá que se incurra en ello, en dicho penalty, cuando se reanude definitivamente la historia constitucional. No se correrá esta suerte (35). La reanudación también se produce anticipándose la idea codificadora a la realidad constitucional. Desde 1834, antes de que un horizonte de constitución se defina, la codificación conoce impulso oficial, esto es, decidido y sostenido por gobierno. Ahora nos encontramos con unos textos que se distinguen como proyectos oficiales por dicha razón de dependencia gubernamental, no porque se formen por el parlamento ni tampoco porque se formalicen ante él. En rigor no lo son,

(34) F. Martínez Marina, *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación,* ed. Joaquín Varela Suanzes, Oviedo 1993.

(35) Johannes Michael Scholz, *Spanien,* en Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte,* III, *Das 19. Jahrhundert,* I, Munich 1982, pp. 397-686.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no llegan a alcanzar la condición de proyectos de ley, proyectos de código, pero, con las debidas advertencias, mantenemos la denominación que, con este relajamiento constitucional, se les aplicara. Les prestamos así atención.

En 1836 ya se tiene un proyecto de código civil oficial en dicho sentido (36). Su título preliminar, *De las leyes, de su promulgación, objeto y observancia,* adopta y adapta el modelo napoleónico reforzando la identificación exclusiva de la ley con el derecho. Aparte de lo que se traduce, de lo que vuelve a traducirse, siguen produciéndose añadidos que refuerzan unos flancos. Artículo séptimo: « La ignorancia de la ley promulgada a nadie exime de cumplir lo que en la misma se prescribe ». Es principio importante para la explicación preliminar o exposición de motivos, con su atención consiguiente a la publicación de la ley. No muestra en cambio preocupación ninguna por la formación de la misma. La cuestión parlamentaria que preocupaba y ocupaba al primer proyecto, se ignora por el texto y no se nombra por la explicación. Desaparece de la agenda de la codificación.

Sigue constituyendo modelo, verdadero prototipo, el título preliminar napoleónico (37). Puede seguir adoptándose y mejorándose con accesorios, intentando hacerse. Un medio constitucional menos exigente no plantea ahora problemas, los problemas sustantivo de derechos y procedimiental de parlamento que son los que, por constitucionales, aquí nos interesan, pero el proyecto aún queda en eso, en proyecto. Tendremos indicios de que también operan resistencias no constitucionales, pero no nos detendremos en ello. Aquí nos importa, no la historia que ya es pasado, sino la que es todavía presente.

Se seguirá con el intento. Más relevancia tendrá el siguiente proyecto oficial en el sentido dicho, el de 1851 (38), aunque su promulgación también se frustre (39). Resultará bastante influyente

---

(36) J.F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española,* IV-2, texto III.

(37) *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón,* Barcelona 1839-1842, I, pp. 9-29, con la partícula.

(38) J.F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española,* IV-2, texto IV.

(39) Pablo SALVADOR CODERCH, *El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

por cuanto que se publica y difunde con un aparato de *Concordancias, motivos y comentarios* debido a su autor principal (40). Y veremos que posteriormente, en 1888, se adoptará como base del código definitivo. También estará más presente en América, como igualmente comprobaremos, el proyecto de 1851 que el código de 1888. Representa así el primero, este texto de mediados de siglo, una especie de prototipo español o, dicho mejor, un deuterotipo a otra escala, pues no deja de constituir una versión del modelo napoleónico, de este único prototipo.

Este proyecto ofrece título preliminar *De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación.* Está efectivamente en la línea del modelo con mejoras. Artículo duodécimo: « El juez que rehuse fallar a pretesto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad ». Artículo décimo tercero: « Se prohibe a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria », sin hacerse por el proyecto, por el texto, previsión tampoco de que la jurisprudencia judicial pudiera transcender del caso estricto por otras vías.

No faltan en este proyecto tampoco accesorios, tanto el de la presunción absoluta de conocimiento del derecho como aquél otro del descarte explícito de la costumbre en consideración siempre de ley. Artículo segundo: « La ignorancia de las leyes no sirve de excusa ». Artículo quinto: « Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas o universales que sean ».

La costumbre debía seguramente preocupar, seguir preocupando, porque luego el mismo proyecto particularmente la incluye en una *disposición final* de carácter derogatorio de lo más general. Artículo mil novecientos noventa y dos: « Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no

---

civil catalán, en su *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes,* Barcelona 1985, pp. 7-133.

(40) Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español,* Madrid 1852 (reprint 1974).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código ». Una libertad privada, que sigue siempre cabiendo en el código aunque unos títulos preliminares ahora no lo reflejen, no podrá ir contra dicha derogación. Artículo mil doscientos treinta y siete: « No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros y costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino ». Son costumbres que se entenderán inexistentes, que se quedarán sin identidad, por virtud de la promulgación del código, misma que no llegará.

La posición sobre la costumbre parece cerrarse incluso respecto a un planteamiento primero, el de 1821, si no al del proyecto, al de su exposición de motivos como hemos visto. Pero más contrasta otra diferencia. En 1851 como en 1836, falta lo que, por constitucional, quiso añadirse en dicho primer momento: la premisa de derechos y la forma de parlamento. En este proyecto, en su texto estricto, no hay mención de nada de esto. Las *concordancias, motivos y comentarios* se refieren a lo segundo, al asunto del procedimiento legislativo, pero precisamente para remitirlo a la constitución y entender con ello aseguradas las posiciones del código respecto a la primacía de la ley y a la sujeción de la justicia. Lo importante es que ésta atienda a ley y no a costumbre.

Si falla la primera, la ley, los comentarios, más locuaces que el texto, le cierran el camino a la segunda, a la costumbre: « La religión y conciencia ilustrada del juez deben suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador para preveerlos »; también se añade que suplen « la equidad » y « la razón o justicia natural », significándose con todo ello lo mismo, religión se entiende que católica y conciencia no cualquiera, sino ilustrada. Son indicaciones que aparecen con una función supletoria, pero que, por su propio carácter de principios, son de mayor alcance. En medios de dicha religión y en país incluso confesional según la constitución de entonces, la invocación de conciencia conforme a educación y con dicha precedencia religiosa conduce efectivamente a unos principios, pero que no son precisamente los de derechos, los constitucionales más sustantivos que nos interesan. La católica era entonces una religión que tendía

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fuertemente a superponerse y sobreordenarse no sólo a ley, sino también y más aún a derechos (41).

El código no puede cubrirlo todo ni la justicia puede limitarse a una aplicación mecánica. Tal cosa se reputa imposible: « Se pretende que los legisladores sean dioses, y no se quiere conceder a los jueces que sean simplemente hombres ». Por parte de los comentarios, no del texto, se le ofrece así cabida concretamente a la jurisprudencia dentro de unos principios literalmente napoleónicos (42). Pese al propio tenor del proyecto, hay así no sólo leyes, ordenamiento legislativo, sino también principios, doctrina jurídica, aunque no parecen ser los mismos principios, la misma doctrina, que se exponía en un primer momento constitucional, la que vimos en Martínez Marina. Sin compromiso de derechos, sin tal engorro constitucional, casa mejor esto otro con la codificación.

No sólo se tiene a estas alturas el *Código Napoleón*. Las referencias a otros códigos ayudan, a veces por activa, como, para los recursos más o menos supletorios, las que se hacen a los casos concordantes de Austria y de Cerdeña, a veces por pasiva, como, para el descarte resuelto de la costumbre, la que mira a un caso discordante: « El artículo 3 de la Luisiana admite espresamente la costumbre ». Las *concordancias, motivos y comentarios*, todo este aparato, excogitan, exponen y explican que no estamos ante invenciones o caprichos españoles, que todo está comparativa e históricamente muy fundado. Otros códigos ya estarían aportando las mejoras.

Estamos ante un cuerpo de autoridades a tales efectos codificatorios que viene facilitada a estas alturas, desde 1840, por la obra de *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Napoléon* de Anthoine de Saint Joseph, pronto, desde 1843, traducida, ampliada, editada y difundida en castellano, *Concordancia entre el Código civil*

---

(41) Luís Crespo de Miguel, *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el proyecto de Código civil español de 1851,* en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 94, 1987, pp. 653-728.

(42) Todas estas citas de F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español,* pertenecen al aparato del artículo duodécimo, el cual, como ha podido apreciarse, vierte sin más el cuarto francés.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

francés y los Códigos civiles estrangeros (43). Ha presentado nueva traducción del código francés con su título preliminar en cabeza, *De la publicación de las leyes en general, de sus efectos y aplicación.* Y ha aportado algo más.

El *Código Napoleón* aquí aparece rodeado de toda una cohorte de otros códigos y otros títulos preliminares que no son siempre criaturas suyas, pero que así le flanquean como satélites y así le coronan con toda una constelación de accesorios opcionales. Un principio como el de que no cabe alegar ignorancia de la ley está explícito en los códigos de Austria, de 1811, de la Luisiana, de 1825, y en los cantonales suizos recogidos, de entre los años veinte y treinta, salvo en el más temprano de Vaud, de 1819, mientras que el de Prusia, de 1794, y el de Baviera, procedente de 1756 con reformas aquí hasta 1837, admiten la alegación con alguna reserva. Modulaciones también se ve que resultan concebibles respecto a la posibilidad de admisión condicionada, junto a ley, de otras fuentes, tanto costumbre como jurisprudencia, sobre todo porque hay códigos, como los dos últimos mencionados, que se plantean todavía dentro del sistema preconstitucional de pluralidad y cuyas disposiciones de fuentes no son títulos preliminares. Vienen a serlo al entrar en la constelación del astro rey *Napoléon*, de esta fuente de luz que convierte así a la misma competencia en espejos de su fuerza y agentes de su mercado. Todos los textos son *Napoleónidos* en cuanto que entran en la órbita.

No voy a detenerme en todos y cada uno de los títulos preliminares que, en parte completos y en parte resumidos, entran así de golpe en castellano, pero convendrá que reparemos en detalles de algunos textos por lo que han podido y por lo que puedan más particularmente interesar, por activa o por pasiva, a nuestro caso.

---

(43) Fermín VERLANGA HUERTA y JOSE MUÑOZ MIRANDA (traducción), *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles estrangeros. Obra que contiene el testo de los códigos: francés, de las Dos Sicilias, de la Luisiana, sardo, del cantón de Vaud, holandés, bávaro, austriaco, prusiano, sueco, de Berna, de Baden, de Fribourgo, de Argovia, de Haití. Y las leyes hipotecarias de Suecia, Wurtemberg, Génova, Friburgo, Saint Gall y Grecia,* Madrid 1843, 1845, 1847 y 1852, indicando sobre la procedencia sólo que es obra « traducida del francés » y con tal título español por el que no parece sino que el código civil francés ya es propio, no extranjero. Génova es Ginebra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Veamos así los primeramente citados, el de Austria, el de Cerdeña y el de Luisiana.

El código austriaco, esta versión castellana, presenta una *Introducción* que es título preliminar *De las leyes, de sus efectos y de su publicación.* Contiene en efecto, además de dicho principio de inexcusabilidad de la ignorancia de ley (artículo tercero), la previsión de su defecto y añadidos consiguientes. Artículo séptimo: « Si la ley no fuese aplicable enteramente a un hecho, el juez tomará en consideración las razones análogas y los motivos, y en su defecto, los principios del derecho natural y las circunstancias ». Artículo décimo: « Las costumbres no obligarán sino en los casos que la ley se refiere a ellas », o también por confirmación particular del soberano (artículo undécimo).

El código sardo, esta traducción, cuenta con un *Título preliminar* sin otro epígrafe. Comienza por unas declaraciones de confesionalidad católica, aun con tolerancia de otras religiones. Prosigue con atribución de poder. Artículo cuarto: « El poder legislativo reside solamente en el rey ». Es proclamación seguida de un sumario reglamento legislativo que no hace mención alguna de parlamento. Existen también en efecto otras previsiones. Artículo décimo quinto: « Si no se pudiese fallar un pleito por el testo ni por el espíritu de la ley, se habrá de atender a lo que en casos parecidos dispongan otras leyes, y a los principios que sirvan de fundamento a leyes análogas. Si a pesar de todo la cuestión quedare dudosa, se recurrirá a los principios generales del derecho, teníendose en consideración todas las circunstancias del hecho ». Artículo décimo sexto: « El derecho de interpretar la ley de una manera generalmente obligada, reside solamente en el Rey. Cuando los tribunales supremos consideren necesaria esta interpretación, podrán dirigirse al Soberano manifestándole las razones que crean oportunas ». Artículo décimo séptimo: « Los fallos o sentencias de los tribunales no tendrán nunca fuerza de ley ».

El título preliminar de Luisiana, de este estado de los Estados Unidos, es el más desarrollado: *De las definiciones generales del derecho y de la promulgación de las leyes.* Presenta en efecto la singularidad de admisión de la costumbre como fuente sin sujeción directa a ley o a poder equivalente. Artículo tercero: « La costumbre procede de una serie de actos constantemente repetidos, por cuya

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

repetición y diferencia (así, por obediencia) continua, adquiere fuerza de un consentimiento tácito y común ». Su valor frente a ley no parece tan seguro pues se registra luego el principio de inexcusabilidad de su ignorancia (artículo séptimo). Un desenvolvimiento ulterior, en el que originalmente aparecen entre ley y costumbre, en este contexto, otras fuentes como la equidad, el derecho natural y la razón (artículo vigésimo primero), aquí se sustrae pues los artículos décimo tercero a vigésimo tercero se reducen a esto: « Versan sobre la aplicación, interpretación y derogación de las leyes, y sobre los principios que ha sido preciso esplanar a un pueblo, nuevo en la carrera de la legislación ». En un panorama regido por el astro napoleónico, tal cosa parecería tanta apertura de fuentes.

Con sustracciones y todo, la *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles estrangeros* ofrece una buena panoplia. Con ella a mano, los proyectos españoles, aunque no siempre sus explicaciones, han comenzado a decantarse hacia la modalidad de unidad de fuente a ultranza. El *Código Napoleón* puede ser todavía el modelo, siempre el prototipo. No dejará de serlo. Es el que seguirá mereciendo traducción propia y edición exenta.

Por estos años, a mediados de siglo, tenemos otra versión al castellano, con su título preliminar de entrada, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general* (44). Del parágrafo primero ya tenemos otra versión: « Las leyes obligan en todo el territorio francés en virtud de la promulgación que de ellas hace el Rey » o « son obligatorias » por dicha razón de promulgación por parte ahora del Rey (45). Es una actualización cuya recepción también aquí sirve: la fuerza de ley la confiere, no ya el Consul o el Emperador, sino el Rey, en el caso español entonces una Reina. Sirve todo el título, hasta esto. Puede que sea ahora cuando realmente lo hace pese a la misma inexistencia de código propio, pues no falta desde luego de proyectos (46).

---

(44) Pío LABORDA Y GALINDO (traducción y notas), *Código Civil Francés,* Madrid 1850.

(45) F. VERLANGA HUERTA Y J. MUÑOZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros,* y P. LABORDA Y GALINDO, *Código Civil Francés,* artículo primero, con dicha sola variante ya nimia de traducción en este inicio.

(46) Para referencias de privados o no oficiales en sentido alguno, de los que aquí

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un código civil sigue aquí sin promulgarse en ninguna de sus versiones. Ningún título preliminar se pone en vigor. Pero el concepto se aplica. Una idea del derecho ha entrado definitivamente en juego. Por estos años, unos textos constitucionales siguen sin concebir otra fuente del derecho que no sea la ley dejando además decaer el requerimiento sustantivo de una primacía de los derechos y dejando ulteriormente relajarse el requerimiento procedimental de una formación parlamentaria. La misma constitución permite estas cosas. Si el código civil no llega, ya no será porque se le interpongan estos obstáculos constitucionales. Aquí nos importa entonces que no llegue.

Que esto ocurra, que el programna de codificación no se cumpla, también implica que no pueda llegar formalmente todavía el título preliminar, que no llegue así a entronizarse la identidad entre derecho y ley, esta forma de concepción política. Pero ya está practicándose este tipo de legislación que se identifica con el derecho. En esto ya se ha producido un arranque definitivo (47). Y las constituciones, unos textos que se suceden, están también promocionando la imagen de un derecho identificado con ley, única fuente que miran.

Mas aun con la imagen constitucional de que no hay otro derecho, de que el derecho es la ley, y mas aun operando realmente este concepto, legislándose bajo el entendimiento de que no hay derecho ni derechos sobre la ley, por encima de su determinación política, aun con todo esto, en estas condiciones de carencia de un título de fuentes, pueden subsistir a la vera suya y en detrimento suyo, potencialmente todavía incluso sobre ella, sobre la ley, tanto la jurisprudencia como la costumbre (48), una costumbre más bien desentendida y una jurisprudencia más que suplente con religión católica y conciencia ilustrada, como nos decía el comentarista del

---

no creo preciso tratar, Manuel TORRES CAMPOS, *Bibliografía Española Contemporánea del Derecho y de la Política (1800-1896). Guía de los Juristas y Políticos,* Madrid 1883-1897, I, nn. 2096-2101.

(47) F. TOMAS Y VALIENTE, *La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen,* en *Historia de España Menéndez Pidal,* 34, Madrid 1981, págs. 257-329

(48) B. CLAVERO, *El método entre infieles o el código en España,* pp. 296-303, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 20, 1991, pp. 271-317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proyecto de 1851, principal testigo y principal texto de estos años, testigo y texto también de otros tiempos venideros, como hemos dicho y veremos.

5. La cuestión sigue abierta. La codificación se replantea en 1869 por virtud de una constitución que sigue sin concebir otro derecho que la ley, pero que antepone resueltamente como premisa los derechos. Esto vuelve a complicar las cosas y un proyecto oficial del mismo año, una parte primera que se realiza y hace pública, lo acusa (49). Su exposición de motivos, con dirección al parlamento pues este texto se formalizó como proyecto, asume premisa y justifica posición. El código, esta parte precisamente de personas, se presenta como derecho de derechos, derecho común de derechos individuales, « derechos naturales del hombre », subrayándose que así se comunica y extiende el planteamiento constitucional, que de este modo se supera la escisión existente entre « unas doctrinas de derecho público » que postulan libertades y una « vida civil » que las desconoce. Pero no se concibe otro medio de establecimiento de estos derechos que « su determinación por la ley ». Se explica que ello es necesario para que los propias libertades se sujeten a una naturaleza social, básicamente familiar, que sólo las permite con discernimientos y limitaciones. La ley no está así tanto para realizar y garantir como para reducir y controlar los derechos. *Napoleón* ha vuelto. O no se ha ido.

Pese así a su propia premisa constitucional, el título preliminar de este proyecto de 1869 puede presentar un tenor napoleónico desde su propio epígrafe, *De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación.* Contiene modalidad reforzada de identidad entre derecho y ley. Artículo noveno: « El Juez que en materia civil rehuse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en la responsabilidad marcada en el código penal. Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serán decididas por los principios del Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso ».

(49) J.F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española,* IV-2, texto V, incluyendo, como ya he dicho, preámbulo explicativo, que sigo ahora aprovechando.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Habiéndose hablado de « derechos naturales » en la justificación y hablándose ahora en el texto de « derecho natural », puede que todavía estemos ante algún punto de novedad. Enseguida lo apreciaremos. De momento lo que vemos es el concepto napoleónico. El título quedará nuevamente en proyecto, aunque un derecho de personas, sin forma de código, llegará a promulgarse durante estos años (50). Fue un derecho plenamente identificado, no con derechos, sino con ley.

El asomo de novedad tiene su procedencia, que no es sólo la más remota de una primera época de códigos (51), sino también una muy próxima en el tiempo y no menos vecina en el espacio. Es la fuente significativa. Me refiero al código civil de Portugal que, con unos planteamientos precisamente de derechos, acababa de promulgarse en 1867 (52). Es un caso que, por consideración de los mismos, ha procedido nada menos que a la supresión del título preliminar. Comienza por un título sustantivo sobre la capacidad de las personas en el que se registra dicho principio de derechos (53). En 1868 ya estaba traducida y publicada esta parte del código próximo y vecino con una presentación que resalta precisamente dicho extremo (54).

Aquí, en este prólogo, se razona que, habiendo estado los derechos a disposición de unas leyes volubles como las propias

---

(50) Diego Espín Canovas, *La Constitución de 1869 y la legislación civil española hasta 1874,* en *Revista de Occidente,* 163, 1969, pp. 117-138; Luís Díez Picazo, *El derecho de personas y el derecho de familia en la legislación de 1870,* en sus *Estudios de Derecho Privado,* Madrid 1980, págs. 17-34; Roberto Roldan, *La Ley de Matrimonio Civil de 1870,* Granada 1980.

(51) Gian Savino Pene Vidari, *Nota sull'« analogia iuris ». L'art. 15 del tit. prel. C.c. Albertino e la sua formazione,* en *Rivista di Storia del Diritto Italiano,* 50, 1977, pp. 342-355; Gino Gorla, *I precedenti storici del art. 12 disp. prel. cod. civ.,* en su *Diritto comparato e diritto comune europeo,* Milán 1981, pp. 443-469; P. Salvador Coderch, *El « casus dubius » en los Códigos de la Ilustración germánica,* en *La Compilación y su historia,* pp. 431-445.

(52) Mário Reis Marques, *O liberalismo e a codificaçâo do direito civil em Portugal,* Coimbra 1987, pp. 227-232.

(53) *Codigo Civil Portuguez approvado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867. Ediçâo official,* Lisboa 1867, Parte I, *Da capacidade civil,* Livro unico, Titulo I, *Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral.*

(54) Patricio de la Escosura (traducción y prólogo) e Isidro Autran (notas y concordancias), *Código Civil Portugués,* I y único, Madrid 1868.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constituciones, « el Código civil portugués ha obviado, por vez primera, que nosotros sepamos, este gravísimo inconveniente, sentando como base de sus doctrinas que solo el hombre es capaz de derechos y obligaciones (y) que aquéllos y éstas proceden en primer lugar de la propia naturaleza humana » (55). Es el contexto en el que puede entenderse un pronunciamiento sobre fuentes incluído en dicho título primero ya sustantivo, *De la capacidad civil, y de la ley que la regula, en general,* y planteado, como el epígrafe acusa, sobre el supuesto de identificación, no entre derechos y derecho, sino entre derecho y ley. Aunque pueda con esto chocar, creo que puede entenderse.

Es el artículo décimo sexto, que así reza en la traducción: « Cuando las cuestiones sobre derechos y obligaciones no puedan resolverse por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por analogía con casos previstos en otras leyes, serán decididas según los principios del Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso ». Pueden ser unos principios, éstos que se dicen de derecho natural, identificables con derechos en su sentido subjetivo, derechos así naturales en cuanto que previos a las mismas leyes. Son derechos individuales que el mismo código registra. Era en esto un planteamiento sin precedentes entre códigos promulgados. Con todo ello, y aun pesando así también siempre la ecuación de derecho y ley más propia de la codificación, puede sobre todo comprenderse que no se le de cabida al título preliminar en el diseño de acuñación portuguesa.

El caso español ha sido distinto no sólo por quedar en proyecto. Recuérdese la forma como unas previsiones aparecían en 1869: « El Juez que en materia civil rehuse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en la responsabilidad marcada en el código penal. Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serán decididas por los principios del Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso ». Combina la fórmula portuguesa de modo que se produce un efecto de pérdida. En el contexto visto de un título preliminar, el primer parágrafo puede conservar el alcance del

(55) P. DE LA ESCOSURA, *Prológo del traductor,* p. XXIX, en el citado *Código Civil Portugués,* pp. III-XLI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modelo francés mientras que el segundo no puede cobrar el sentido del original portugués.

El modelo sigue siendo el francés, el *Código Napoleón,* pese a derechos, a pesar así de constitución. Frustrado el nuevo intento, otra oleada de recepción, una gran ola, se produce ahora. Comienza con una *Colección de Códigos Europeos,* reeditada en parte, abriendo radio, como *Colección de Códigos Europeos y Americanos* (56), la cual se inicia con otra traducción del código francés, con su correspondiente título preliminar, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general* (57). Añade notas que, en nuestro punto, confunde significativamente el caso portugués de un principio de primacía de derechos con otros anteriores que flexibilizaban por razones diversas el canon de unidad de fuente o que completaban la ley con costumbre o jurisprudencia sin un horizonte constitucional como advertimos (58). Las obras vistas de *Concordancias*, aunque ya no reeditadas por estos años, pueden seguir rindiendo servicios de derecho comparado y confundido.

El volumen segundo de dicha *Colección de Códigos* lo constituye el italiano (59), de 1865 (60). Unas *Disposiciones sobre la publicación,*

---

(56) Tenía un ambicioso programa que no se cumplirá. Su anuncio, que va en los volúmenes editados, explica que la colección se dividiría en grupos y éstos en secciones. El primer grupo sería específicamente el de códigos; uno segundo publicaría compilaciones de países donde todavía no se había codificado; uno tercero de aquéllos en los que no estaba a la vista la codificación, yendo así la colección desde Rusia hasta Estados Unidos. En cada grupo, una primera sección sería civil; una segunda, penal y mercantil; una tercera, política y administrativa, incluyéndose constituciones; una cuarta y última, procesal. Los volúmenes no aparecen seriados, sino con indicación tan sólo de grupo y sección.

(57) Alberto Aguilera y Velasco, *Código Civil Francés comentado, concordado y anotado con las legislaciones vigentes de España, Portugal, Italia, Suiza, Alemania, Bélgica, Holanda, Rusia, Inglaterra, Estados Unidos de América, Bolivia y Luisiana,* Madrid 1876, con el primer título de la colección, y, con el segundo, 1881, introducción de Estanislao Figueras. En los volúmenes de esta colección se añaden a los códigos otros materiales legislativos que aquí, por mantenernos centrados, no aprovecho.

(58) A. Aguilera y Velasco, *Código Civil Francés comentado, concordado y anotado,* nota al artículo cuarto.

(59) A. Aguilera Velasco, *Código Civil Italiano comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América,* Madrid 1876 y 1881, introducción de Vicente Gomez y Giron.

(60) Cotejo edición temprana de planteamiento doblemente significativo que ahora, por seguir centrados, tampoco aprovecho: *Codice Civile del Regno d'Italia col*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interpretación y aplicación de las leyes en general fungen de título preliminar (61). Su término intermedio, el de interpretación, anuncia una apertura. Su punto de partida y base de juego son más napoleónicos que los del precedente sardo. Dentro de tal planteamiento, el artículo significativo a nuestros efectos es el tercero: « Al aplicar la ley, no puede atribuírsele otro sentido que el que resulte esplícitamente de los términos empleados, dada la redacción (así, por relación) que entre los mismos debe existir y la intención del legislador. Cuando no pueda resolverse una cuestión por el texto preciso de la ley, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; si a pesar de esta (así, por esto) existiere todavía duda, se resolverá ésta por los principios generales de Derecho ». El anotador español se extiende en comentarios que afrontan esta incógnita de unos principios que son finales sin acordarse de colacionar el entendimiento portugués del derecho natural como derechos naturales e introduciendo los problemas más tangibles de la costumbre y de la jurisprudencia como posibles fuentes. Con analogía y principios, la última está abriéndose camino (62).

El siguiente volumen, el tercero, se dedica al código portugués, nuevamente así traducido, ahora completo (63). Presenta una introducción que merece señalarse por ser quien es su autor (64), el que será finalmente, durante los años ochenta, el impulsor de la codifi-

---

richiamo degli articoli dei cessati codici italiani e posto in confronto col Codice Napoleone, Palermo 1866.

(61) Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942,* Bari 1985, pp. 87-90.

(62) G. GORLA, *I precedenti storici del art. 12,* pp. 469-474.

(63) A. AGUILERA VELASCO, *Código Civil Portugués comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América,* Madrid 1879, con introducción que ahora digo. De este volumen no tengo noticia de una segunda edición con redenominación de la colección como los anteriores, lo que, de ser así, puede que tenga que ver con la inconveniencia de la introducción y del texto para el planteamiento final de la codificación propia. Es también volumen sin materiales adicionales al contrario que los otros.

(64) Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *Introducción* a A. AGUILERA VELASCO (ed.), *Código Civil Portugués,* pp. I-XLVI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cación definitiva en España (65). Utiliza y aprovecha al introductor anterior, por lo que no puede dejar de hacer advertencia de la peculiaridad portuguesa en cuanto a la primacía expresa de unos derechos en el mismo seno del código (66), pero no lo pondera de igual modo. Ya se estaba, desde 1876, bajo una constitución, en la que dicho mismo promotor había tenido un importante manejo, la cual comenzaba por subordinar los derechos a la ley, por facilitar así el código, en contraste con el planteamiento visto de la precedente, la de 1869.

Este otro espíritu más constitucional tampoco se había perdido pues el mismo editor de este código portugués, autor menos afamado, no deja en cambio de ponderar claramente el asunto desde su primera nota: « El legislador portugués ha omitido, en nuestro sentir con fundamento, el título preliminar que en los Códigos civil francés e italiano aparece consignando disposiciones sobre la publicación, efectos y aplicación de las leyes », situándose en su lugar por el código de Portugal « una colección de máximas jurídicas, de principios de carácter filosófico, que constituyen el reconocimiento por parte de la ley de facultades que, formando parte integrante de la personalidad humana y derivándose de la voluntad y de la libertad, son fuente verdadera de todo derecho, causa primordial de responsabilidades legalmente exigibles y principio generador de toda obligación jurídica », y haciéndose también notar por parte de este editor que dichas declaraciones estarían mejor en constitución que en código, pero no afrontándose ahora el problema, que vimos señalado por el introductor anterior, de la inoperancia entonces por aquí proverbial de los textos constitucionales en lo que respecta a los derechos (67).

El volumen que sigue no contiene código (68). El próximo, y

---

(65) Carlos ROGER y Carlos VATTIER (eds.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra,* Madrid 1991.

(66) M. ALONSO MARTÍNEZ, *Introducción* al *Código Civil Portugués,* pp. XXIX-XXX, respecto al prólogo de Patricio DE LA ESCOSURA a su traducción citada de 1868; reproducido en C. ROGER y C. VATTIER (eds.), *Manuel Alonso Martínez,* pp. 1101-1121.

(67) A. AGUILERA VELASCO, *Código Civil Portugués comentado, concordado y comparado,* pp. 11 y 62.

(68) A. AGUILERA VELASCO, *Ley sobre Organización Judicial para el Imperio de Alemania de 27 de enero de 1877 comparada con las demás legislaciones orgánicas de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

también el último a lo que mis noticias llegan, presenta la novedad de un código americano, provocando el cambio de denominación de la empresa de *Colección de Códigos Europeos* a *Colección de Códigos Europeos y Americanos.* Reviste este volumen el interés no sólo de una apertura de espacio a la que habremos de mirar, sino también de una introducción de autor al que convendrá escuchar. El código civil que se publica es el de Chile, de 1855, y el estudio introductorio, juicio crítico, es de Gumersindo de Azcárate (69).

El título preliminar del código chileno es, en cuanto que tal, de planteamiento original. Tiene seis secciones: *De la ley, Promulgación de la ley, Efectos de la ley, Interpretación de la ley, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes* y *Derogación de las leyes.* Mas ya puede obervarse que hay algo, lo que más nos interesa, en lo que no es nada original. Es un título sobre el concepto, la promulgación, los efectos, la interpretación, el entendimiento y la derogación de la ley y no de ninguna otra cosa. El derecho, mediante código, es ley también en América. No va a cambiar lo esencial del panorama textual aunque se abra este espacio y aunque con ello tengan entrada otras formulaciones de conjunto, otras presentaciones del modelo, y no sólo de accesorios. Hay más fábricas que la de *Napoleón* (70), mas son franquicias suyas para mercados nuevos. Sus productos son también *Napoleónidos*. Pero hay casos como éste que no será mero satélite, sino planeta con constelación propia como veremos. Puede haber así nuevos modelos, aunque ya no sean prototipos. Tendremos también deuterotipos, como éste chileno.

Europa y América y precedida de un juicio crítico, Madrid 1879, con materiales adicionales respecto a organización judicial de los Estados Unidos, Portugal, Italia, Francia, Inglaterra y Holanda. La introducción que se anuncia crítica es del mismo editor. Era volumen del segundo grupo, cuarta sección.

(69) A. AGUILERA VELASCO, *Código Civil Chileno comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América,* Madrid 1881, con variante de responsable y título en portadilla y, con las encuadernaciones que pierden portadas, quizá en ficheros y bancos: Gumersindo DE AZCARATE, *Código Civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico,* Madrid 1881. Puede también que hubiera el mismo año tirada doble, con una y otra identificación principal en portada. La edición y el aparato son como siempre de Aguilera Velasco y la introducción en este caso de Azcárate.

(70) Alejandro GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile,* Santiago 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El texto chileno, este título preliminar, es largo, más de cincuenta artículos, pero nos bastará ver el concepto de las fuentes. Conviene verlo ahora, para contemplar una recepción, aunque tengamos luego que volver a ello. En primer lugar y ante todo está la ley, « declaración de la voluntad soberana » bien que « manifestada en la forma prescrita por la Constitución » (artículo primero). « Sólo toca al legislador explicar o interpretar » la ley de un modo que resulte también normativo, « generalmente obligatorio » (parágrafo primero del artículo tercero). El legislador, este soberano, el productor de la ley, la fuente constitucional de esta fuente jurídica, tiene esta identificación por constitución, pero ésta es aquí, en el código, una abstracción, evitándose también cualquier registro expreso de signo sustantiva o procedimentalmente constitucional, de principio de derechos y forma de parlamento. Tenemos a la ley efectivamente entronizada como en el modelo napoleónico, como en el prototipo.

Aparecen otras fuentes, pero dentro de tal cuadro, con la correspondiente hipoteca. La costumbre parece en principio que pudiera ser fuente, pero se le admite solamente en la medida en que la ley y sólo la ley expresa y particularmente lo prevea, con lo que no lo resulta. Artículo segundo: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remita a ella ». La jurisprudencia judicial no cabe en cambio ni de entrada que pueda ser fuente; tampoco puede serlo, igual que en el modelo napoleónico, lo mismo que en el prototipo. Parágrafo segundo del artículo tercero: « Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren ». La jurisprudencia no judicial tiene menos posibilidad todavía de recibirse como fuente, de acceder y admitírsele. Las secciones cuarta y quinta, las dedicadas a la interpretación de las leyes y al entendimiento de sus palabras, intentan sujetar de este modo su actividad. Hay en este modelo más previsiones que en el prototipo, pero no un concepto diverso. Más que modelo nuevo, es sólo otro diseño. Porque varíen las acuñaciones, no se modifica el cuño.

La presentación de Gumersindo de Azcárate aprecia originalidad en el código chileno. Valora el hecho de que no siga « el cómodo y trillado camino » napoleónico, pero añadiendo enseguida que la novedad no es de contenido. No es un código que asuma la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verdadera innovación que modernamente ha supuesto « el derecho de la personalidad » de inspiración constitucional, cosa que desde luego el código francés tampoco hizo. Esta falta de sintonía con constitución es algo común en los códigos, « sin más excepción que el de Portugal » precisamente. Presenta el chileno también el empeño de hacerse con un asunto materialmente constitucional, como es precisamente el de la concepción del derecho del título preliminar, sin especial sensibilidad. « No podemos dejar de llamar la atención de los lectores sobre la terminante declaración de que ni la costumbre ni la jurisprudencia son fuentes del derecho » en el codigo chileno cuando ésta es una exclusión que sigue sin justificarse constitucionalmente. Aunque, agrega Azcárate, serán siempre fuentes, « a despecho del legislador » ahora, porque son « expresión del sentimiento jurídico social », consecuencia de la « soberanía » de la sociedad misma (71). Reténgase el argumento.

Esta introducción de Azcárate constituye ciertamente un juicio crítico que no se reduce además al caso del código chileno. Lo es de toda la codificación. Y lo es por razón específicamente constitucional, por la razón que aquí exactamente nos importa, aquélla por cuyo mérito la cuestión de la codificación no acaba de cerrarse y no lo tiene desde luego fácil. El problema no seguirá abierto por motivos gratuitos; no lo seguirá así incluso tras lograrse durante estos años la codificación civil española. Enseguida lo veremos.

Por unos años en los que se debate la codificación definitiva española, no es la colección vista de códigos la única que se emprende. Hay todavía un par de colecciones, una menor, sin aparato, y otra mayor, con él. La primera, *Colección de Códigos Civiles Americanos y Europeos,* comienza por lo textos americanos, llegando a publicar tres códigos de títulos preliminares, con el modelo más francés que chileno, no muy innovativos, el código de Uruguay, de 1868, el de México, de 1870, y el de Guatemala, de 1877 (72). En cuanto a nuestra

(71) G. DE AZCARATE, *Introducción* a A. AGUILERA VELASCO (ed.), *Código Civil Chileno,* pp. III-XXVII, citas en pp. III, IV y VI-VIII.

(72) *Código Civil de México,* Madrid 1879; *Código Civil de la República Oriental del Uruguay,* Madrid 1879, y *Código Civil de la República de Guatemala,* Madrid 1880, con anuncio final que parece así incumplido: « En preparación: otros importantes Códigos », pero que no lo fue tanto pues con esto entra en escena una editorial,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

materia, son textos que devuelven planteamientos en viaje de ida y vuelta. Luego los veremos.

Más ambiciosa es y más producción tuvo la *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* en la que irán sucediéndose, por países, volúmenes de legislación de todo orden, constituciones y códigos inclusive, pero usualmente sin estudios. Hay notas y algunas introducciones y comparaciones de escaso desarrollo. Así se traduce y publica nuevamente el título preliminar francés *De la publicación efectos y aplicación de las leyes en general.* Se hace incluso por partida doble porque a la nueva versión del original puede sumarse la del texto belga que lo había adoptado (73). Vuelve también el título italiano (74). Y hay volúmenes sin códigos civiles (75), como los hay con ellos pero sin títulos preliminares cumplidos (76), o sin título preliminar alguno, inclusive de nuevo, por tercera vez, mas sin mayor realce, el portugués (77).

La colección tiene *Apéndices,* algunos particulares a volúmenes

---

Góngora, que es la misma de las empresas que ahora veremos de Alejo García Moreno.

(73) Vicente Romero Giron y Alejo García Moreno (edición y el segundo, por regla general, notas), *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* I, *Instituciones de Bélgica,* Madrid 1885 y 1901; IV, *Instituciones de la República Francesa,* Madrid 1888; V, *Instituciones y códigos franceses,* Madrid 1889, con *Introducción histórico-crítica* y notas de Lorenzo Benito, pero ateniéndose a la codificación mercantil; el código civil se comprende en el volumen cuarto, igual que los textos constitucionales del caso.

(74) V. Romero Giron y A. García Moreno, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* III, *Instituciones del Reino de Italia,* Madrid 1885.

(75) V. Romero Giron y A. García Moreno, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* II, *Instituciones de Alemania,* Madrid 1885; IX, *Austria y Estados de Oriente de Europa* (tomo I), Madrid 1892, que no recoge ningún código civil; XI, *Inglaterra y Estados del Norte de Europa,* Madrid 1894.

(76) V. Romero Giron y A. García Moreno, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* VIII, *Leyes y códigos de Suiza,* Madrid 1892, con el código federal de obligaciones y el civil de Zurich; X, *Austria y Estados orientales (conclusión),* Madrid 1893, con piezas como el « Código General » de Montenegro que es una especie original de código, por consuetudinario, y como el civil de Turquía cuyo título preliminar es *De la definición y división de la ciencia del derecho musulmán y de los principios fundamentales del derecho sagrado.*

(77) V. Romero Giron y A. García Moreno, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* VI, *Instituciones y códigos de Holanda,* Madrid 1890; VII, *Leyes y códigos portugueses,* Madrid 1891.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y otros que forman serie propia de *Anuarios de Legislación Universal* que aparecen en dicha forma, como *Complementos de la Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos de España,* y que también se presentarán de otro modo, como *Repertorios de Legislación Extrangera* anexos a la *Revista de Legislación Universal y de Jurisprudencia Española* (78). Estos apéndices se dedican a la publicación desnuda de leyes. Así aparecen traducidos nuevos códigos.

Dentro de la serie y con tirada también como volumen exento anotado, pero fuera de colección, se publica diligentemente la traducción del código alemán promulgado en 1896 para entrar en vigor en 1900 (79). Es código sin título preliminar. Como apéndice del volumen dedicado a Suiza y también dentro de la serie, se editará con diligencia no menor la versión del código suizo, publicado en 1907 para regir desde 1912 (80). Este otro tiene título preliminar y un *Título preliminar* sin más epígrafe, pero con planteamientos que

---

(78) Son todas ellas empresas dirigidas por Alejo García Moreno, verdadero impulsor de la colección desde un inicio, y publicadas por la editorial Góngora al menos inicialmente. O es toda ella así una sola empresa. Los *Anuarios* se publican entre 1895 y 1910 con una periodicidad en principio semestral que no se mantuvo. La *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española* se publica entre 1902 y 1914 como periódico quincenal que tampoco pudo mantener siempre su frecuencia; desde 1909 se presenta como *Organo Oficial del Instituto Ibero-Americano de Derecho Positivo Comparado,* con una participación americana que refleja la difusión de toda la empresa. En la revista hay noticias y a veces traducciones de leyes, pero no títulos preliminares. La duplicación editorial de la serie como complemento de colección y anexo de revista responde a una política de captación y aprovechamiento de suscripciones. Ha de advertirse que, con este mismo propósito comercial, hubo un primer intento de vincular toda la empresa a una revista ya existente, la *Revista de los Tribunales* con el apellido entonces *y de Legislación Universal,* presentándose en ocasiones los mismos volúmenes ordinarios de la *Colección,* y no sólo unos primeros apéndices, como *Repertorios de Legislación Extrangera* anexos a ella.

(79) A. García Moreno, *Texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán promulgado el 18 de agosto de 1896 con la exposición de motivos, ley de introducción y disposiciones transitorias,* Madrid 1897, ya citado al comienzo. El código y la ley desnudos se incluyen en el *Anuario* o *Apéndice* sexto, pp. 5-233, publicado en dicho mismo año de 1897.

(80) *Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* apéndice al tomo VIII (*Leyes y códigos de Suiza*), *Código civil suizo,* Madrid s.f. (1908). Y en el *Anuario* o *Apéndice* décimo octavo, pp. 49-135, de 1908.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pudieron llamar la atención por su originalidad dentro del género, por sus méritos así intrínsecos. El código alemán se promulga mediante una ley de introducción y transición, aquí también traducida, que refleja una realidad federal lo mismo que la suiza que ahora veremos, pero es de este otro caso del que se hace mérito por su misma formalización y síntesis en título preliminar (81).

El caso suizo se significa no sólo porque responda a un planteamiento federal explícito en el propio título preliminar, sino también porque admite costumbre y jurisprudencia, incluso la no judicial. Parágrafos segundo y tercero del artículo primero: « A falta de disposición legal aplicable, fallará el juez con arreglo al Derecho consuetudinario y, a falta de éste, según las reglas que él establecería si fuera legislador. Debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia ». Artículo quinto: « Los cantones tienen derecho a establecer o a derogar las reglas del Derecho civil en las materias en que se les haya reservado su competencia legislativa. El Derecho cantonal vigente se considerará como la expresión de la costumbre o de los usos locales reservados por la ley, a menos que se pruebe la existencia de otra costumbre en contrario ». En este contexto, no aparecen principios más legalistas como el de inexcusabilidad de ignoracia de ley que vimos en algunos códigos civiles cantonales.

La *Colección de las Instituciones Política y Jurídicas de los Pueblos Modernos* también se extiende a América, formando serie propia, pero con un par tan sólo de volúmenes publicados, uno dedicado a Honduras y Santo Domingo, conteniendo de códigos civiles solamente el hondureño en vigor, y otro a Chile, con su código civil de 1855 nuevamente (82). El primero, el de Honduras, de 1898, va acompañado de unas notas comparativas con los códigos de Costa Rica y de Guatemala; el segundo, el de Chile, por una

(81) A. García Moreno, *Unificación de la legislación civil en Suiza,* en *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española,* 7, 1908, pp. 137-142.

(82) A. García Moreno, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* Segunda Serie, *Estados Americanos,* I, *Repúblicas de Honduras y Dominicana,* Madrid 1902; II, *República de Chile,* Madrid 1905, con lo que se agotan los volúmenes ordinarios de esta colección, todavía no los de apéndices. El código civil de Honduras se anuncia también en el *Anuario,* pero no llega a reproducirse en él.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ligera introducción a la codificación de este país. En la serie dicha de *Anuarios* y también como volumen exento, pero fuera de colección, aperece el código civil de Venezuela, de 1896 (83). Fuera de toda serie, se publica el de Cuba, de 1889, que es prácticamente el español, como veremos (84). No hay más códigos completos, pero sí todavía un título preliminar, el del código civil de Nicaragua, de 1904 (85). Aunque entre estos títulos preliminares aparece alguna novedad de interés, ninguno es parangonable al chileno ya visto. Podemos dejar para más tarde la consideración de todo ello.

No hay series de otros continentes, pero hay traducciones y noticias. Así se ofrece del código civil del Japón de 1898, con su carencia de título preliminar por influjo del planteamiento alemán, no del portugués (86). De la serie primera, la europea, hay todavía unos últimos volúmenes de los que no he dicho nada. Publican precisamente el *Codigo Civil de España,* que por fin se ha promulgado en 1888 (87). Con estos volúmenes, con este código, finalizaba esta serie, aunque no la publicación de abundante legislación y de algún código europeo incluso, como ya hemos visto. Más tarde han hecho su aparición textos como el alemán y el suizo. Resultan para España epígonos. Ya está promulgado el código propio.

Por efecto inmediato de la promulgación del código no parece que decaiga la atención a unos materiales, pero estas empresas de derecho comparado centradas en material legislativo no atraviesan bien por estas altitudes el cambio de siglo. La propia vigencia del

---

(83) En el *Anuario* o *Apéndice* quinto, pp. 17-169, publicado en 1897; y exento el mismo año como *Nuevo Código Civil de Venezuela,* pues ya veremos que no era precisamente primerizo.

(84) A. García Moreno, *Código civil vigente en España y Cuba,* Madrid 1914.

(85) En el *Anuario* o *Apéndice* décimo séptimo, pp. 448-463, publicado en 1906, con reproducción además del título del registro y del índice solamente del resto.

(86) Alejo García Gongora, *El código civil japonés. Su origen y plan,* en *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española,* 8, 1909, pp. 341-349, traduciéndose el índice. Textos de Asia, Africa y Australia se incluyen en la parte europea del *Anuario* con serias vacilaciones sobre la calificación colonial de los casos y sobre la forma de introducirse los países independientes.

(87) V. Romero Giron y A. García Moreno, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* XII y XIII, Madrid 1888, como volúmenes finales de la serie que hemos visto iniciarse con Bélgica en 1885. Siendo posterior el planteamiento de la serie americana, el dato distintivo no se especifica en la europea.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

código puede que incidiera en un desentendimiento respecto al acopio de textos legales para la comparación jurídica. Parece efectivamente que, entrándose en el nuevo siglo, cede el interés por este tipo de ediciones y particularmente de colecciones. Funcionaban como revistas, por suscripción y con entregas periódicas, y podían ser así especialmente sensibles a las fluctuaciones de una parroquia.

Mas hay algo que no cederá: la problemática constitucional respecto al título preliminar. Puede estar en el transfondo de las mismas colecciones (88). Y puede aflorar con el propio código. Porque en España por fin se alcance la meta, porque aquí finalmente se facture un título preliminar, no va entonces a resolverse su morbo crónico, su enfermedad visceral, su cáncer intestino. Es ahora cuando podrá no sólo dar más francamente la cara, acusarse unos síntomas, sino incluso agudizarse el mal.

6. Pasemos al código definitivo español que ha llegado como he dicho. En los años ochenta ya enfila una recta final aun con alguna curva tan pronunciada todavía como la del giro que ahora veremos de la costumbre (89). Es promulgado en 1888 y revisado enseguida, quedando listo en 1889 (90). Ha sido realizado sobre una ley de bases entre las que figuraba, en la primera, la de tomarse como punto de partida el proyecto de 1851. El título preliminar, *De las*

---

(88) El caso de Alejo García Moreno es claro con sus fundaciones periodísticas sucesivas: una revista frontalmente constitucionalista, *Las Nacionalidades* (1880-1882), otra de definición más jurídica sobre un mismo planteamiento, *Revista de Derecho Internacional y de Legislación Comparada* (1887-1888), y la que hemos visto por ampliar su radio jurídico conforme a la empresa paralela de *Colección* y *Anuarios,* la *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española* (1902-1914). Todo esto, lo que nos ha interesado, sigue sin cambiar planteamiento: su interés primordial no es por códigos, sino por material jurídico de signo más constitucional, razón por la que, entre los mismos códigos, prefiere los federales y, entre éstos, el suizo, así como, por encima de ellos, tiene preferencia por derechos no codificados, como el inglés y el norteamericano. No olvidemos, por lo que habremos de ver, unos textos que son contextos.

(89) J.F. Lasso Gaite (ed.), *Crónica de la Codificación Española,* IV-2, texto VI; Manuel Peña Bernaldo de Quiros (ed.), *El anteproyecto de Código civil español, 1882-1888,* Madrid 1965, también con el texto de 1882, el cual no admite aún costumbre.

(90) Jerónimo Lopez Lopez y Carlos Melon Infante (eds.), *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar,* Madrid 1967, bases que ahora digo incluídas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación, es de factura un tanto novedosa. Todavía, al cabo del siglo, cabe alguna originalidad en un género como éste tan manido. Mas de entrada, como el estilo del propio epígrafe acusa, lo que encontramos es lo consabido: el concepto de la ley como fuente por excelencia del derecho, su identificación con el mismo. El código español es sin duda *Napoleónido*. Es un escatotipo.

Nos ofrece modelo, accesorios y complementos. Artículo sexto, sus dos parágrafos: « El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho ». Otras cosas se admiten, pero frente a la ley nada vale. Artículo quinto: « Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ni la práctica en contrario ».

La ley es siempre el derecho, mas, faltando su previsión, debe complementarse con costumbre y, en último término, con aquella incógnita de unos principios que son finales y que pueden ser un resquicio para el asomo de la jurisprudencia, como ya nos indicaba el comentario del proyecto de 1851. Por sí, esta fuente judicial tampoco se menciona, pero la costumbre en cambio figura más todavía. Lo hace no sólo para salvarse primero la ley y para admitírsele luego a falta de ella, sino también porque una disposición ulterior del mismo título preliminar le abre campo hasta el punto de admitir incluso que prevalezca sobre ley, sobre leyes determinadas sin excluirse el mismo código.

Salvo en lo que respecta al propio título preliminar y al título cuarto del libro primero, título *Del matrimonio* en el que se mantiene obligatoriamente para los católicos el derecho canónico, esta presencia todavía religiosa, « en lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales » (artículo duodécimo). La costumbre, un « régimen jurídico » de carácter que puede ser « consuetudinario », aparece como componente de un derecho re-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gional, « derecho foral », que se mantiene « por ahora en toda su integridad » y que así prevalece por regla general sobre código y leyes civiles, aunque no, como fuente, sobre la ley. Se trata de « los fueros o costumbres » que el proyecto de 1851 ya nombraba, para su abolición entonces, y que el código así mira, para su admisión ahora (91).

La prevalencia de la ley como fuente, la supeditación virtual de toda costumbre, incluída la regional, es algo que se aprecia mejor en las bases que en el código. Allí, en su artículo sexto, se decía que « las instituciones forales », tales derechos localizados, aun sin hacer mención todavía del componente consuetudinario, se recogerían y convertirían en leyes como « apéndices » del propio código; se reducirían, si costumbres, a ley. La sugerencia ya vimos que se ofrecía en un primer momento, en la explicación del proyecto de 1821. Ahora, desde 1888, habiendo por lo tanto cosas en dicha ley de bases no trasladadas a continuación al código, podrá considerarse que su aplicación, la de las bases, no se agota en su función definitoria de fundación del código y que mantiene valor por tanto tras la realización del mismo, con la codificación entonces todavía abierta. Daba pie el « por ahora » del código al referirse al mantenimiento integral de un derecho foral. Así las cosas, aparte los avatares ulteriores de este proceso parcialmente diferido de codificación, la costumbre, toda costumbre, podrá entenderse que no escapa y que es reducible a ley.

De hecho, había un caso de derecho foral en el que la costumbre aún podía prevalecer incluso en materia política y con ello sobreordenarse como fuente a ley, pero esto no se registra en el título preliminar del código civil. Es el caso vasco (92), el cual aparece todavía con identidad propia, pero de un modo muy limitado y que sólo muy indirectamente refleja la peculiaridad. « Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley 15, título 20 del Fuero

(91) Encarna Roca Trías, *El Código civil, derecho supletorio,* en B. Clavero, Paolo Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* Milán 1990, II, pp. 535-572.

(92) B. Clavero, *Fueros vascos. Historia en tiempo de Constitución,* Barcelona 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de Vizcaya » (parágrafo tercero del articulo décimo, artículo que, junto al anterior y al siguiente, se ocupa de derecho internacional, de la vigencia territorial o personal de las leyes, esta materia constitucional que también figura en el título preliminar del código civil desde el propio modelo napoleónico como vimos). El fuero vizcaíno es fuero vasco. Tal salvedad expresa se refiere a punto de derecho escrito, aunque como digo, con la cobertura también del artículo duodécimo, su alcance es de hecho mayor (93).

La salvedad que por su parte se produce a favor del derecho canónico es a derecho escrito y sin expresión de costumbre, pero el alcance es también mayor. Artículos cuadragésimo segundo, septuagésimo quinto y octogésimo, pertenecientes al título dicho *Del matrimonio:* « La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código »; « Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino »; « El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales Eclesiásticos ». De esta forma se mantiene en el seno del código una religión que ha venido resistiéndose a la misma codificación, a una codificación que dispone de su derecho, del derecho de matriz religiosa, que tiene este poder de disposición, aun en el caso de que así lo ejerza procediendo a su reconocimiento (94).

Así ahora lo hace. Por disposición de ley, pero por encima también de ley, más allá todo ello desde luego de lo que sugería el comentarista del proyecto de 1851, es toda una religión lo que normativamente se mantiene de este modo en el mismo ámbito del derecho. El ejemplo sardo de declarar en el propio título preliminar de una forma más franca esta presencia religiosa extraña por directa para el modelo napoleónico, para el prototipo, ha sido abandonado en la propia Italia y no ha cundido.

---

(93) El texto de referencia puede verse en la edición de estos artículos del título preliminar que proporciona mi manual de *Institución histórica del derecho,* Madrid 1991.

(94) B. CLAVERO, *Código y registro civiles, 1791-1875*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 14, 1987, pp. 85-102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con esto, con todo esto, una *disposición final* derogatoria ya tampoco tendrá el alcance tan general que vimos en el proyecto de 1851, en esta base. Artículo, ahora, mil novecientos setenta y seis: « Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes ». Respecto a derecho foral, la primera versión promulgada en 1888 concretaba más: queda derogado « el llamado derecho civil de Castilla » y no el de usos y costumbres de otros territorios, los fueros dichos. En ella, en dicha primera promulgación que se modifica inmediatamente, se añadía una reserva a favor de derechos subjetivos que, sujetándolos así en cambio, desaparece de la edición definitiva: « Las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo ». Si unas costumbres se respetaban, no era por consideración de unos derechos. Unos fueros se salvaban, no por reconocimiento de su autonomía como fuente, sino por determinación de la ley como fuente única de fuentes. La ley en todo caso, aun con todo ello, no deja de arrogarse y reservarse un poder de definir e identificar el derecho, este poder suyo conforme a su propio concepto. No deja de entender que ésta es su posición. Y refuerzan los accesorios, no faltando el más adverso a la costumbre, el de mayor presunción de la propia ley. Artículo segundo: « La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento ». Frente a la jurisprudencia, a quien menos excusaba el desentendimiento de unas leyes ya sabemos que era a los jueces.

Las fuentes que se suman a la ley, las que entran en juego por defecto de ella, están realmente más presentes de lo que así acaba reconociéndose. La costumbre pujaba seriamente. El código civil vino seguido en España por la eclosión de la evidencia de esta fuente más adversa (95). La jurisprudencia por su parte viene abriéndose camino por unos entresijos bien amplios de la ley mientras ha estado

(95) Rafael ALTAMIRA, *Le droit coutumier espagnol moderne,* en *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Gény,* Paris s.f. (1935), II, págs. 269-276, con la información de publicaciones.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abierta la codificación y en la medida todavía en la que no acaba de cerrarse, con la posibilidad incluso de situar por encima de ella, de la ley, sus propios principios, unos principios no siempre finales y tampoco siempre, como sabemos, constitucionales. Deja menos en evidencia pues ha venido centralizándose y jerarquizándose a imagen y semejanza de la misma ley (96). En este contexto y a estas alturas, con esta historia y con este presente, la apertura respecto a fuentes del título preliminar resulta realmente un cierre en banda, un intento de someter la costumbre a ley y de sujetar también más a la jurisprudencia (97).

Y faltan cosas desde luego. En el título preliminar no figuran aquéllas tan importantes que no cuadraban con su concepto del derecho o que podían resultarle incómodas. Aquí definitivamente no están el reconocimiento de derechos como premisa de la propia ley ni el requisito de su acuerdo por parlamento como forma suya, lo cual, esto segundo, ni siquiera se ha aplicado en rigor al mismo código (98). En la ley de bases, en lo que el parlamento debatió y aprobó efectivamente, en la segunda, se decía que las cuestiones del título preliminar « se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes », vigencia que realmente suponía derechos subordinados a ley, a lo cual así el código realmente responde, y régimen parlamentario de producción legislativa, lo cual el código sencillamente silencia, permitiendo como permitirá dictaduras.

Aunque se contaba con algún precedente más bien diverso, como el proyecto de 1821, y otro también más cercano, como el de 1869, más alguno muy vecino, como el código portugués, finalmente viene a darse por supuesto que tales cosas de derechos y parlamentos no resultan apropiadas para la codificación civil, para un título preliminar que no sólo le interesaba a ella. La cosa principal de los

---

(96) Jacques Bernard HERZOG, *Le Droit Jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la Jurisprudence de Cassation,* Toulouse 1942; J.M. SCHOLZ (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España,* Frankfurt a.M. 1992.

(97) B. CLAVERO, *Nativism and Transnationalism. Spanish Law after the Civil Code,* en *Rättshistoriska Studier,* 19, *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit,* 1993, pp. 37-48.

(98) F. TOMAS Y VALIENTE, *Los supuestos ideológicos del Código civil: el procedimiento legislativo,* en sus *Códigos y Constituciones, 1808-1978,* Madrid 1989, pp. 81-109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derechos tampoco es que estuviera como tal establecida por una constitución. Si así fuera, dicho mismo concepto de ley, su identidad con el derecho o su poder de identificarlo en todo caso, ya sería algo más problemático.

El éxito del código no fue clamoroso. No lo fue el de nuestro título. Pudo dar razones el propio debate parlamentario, aunque no lo fuera realmente del código, sino primero de un mínimo de bases y luego de la conformidad con ellas del texto articulado y completo. Pero unas razones, y razones además constitucionales, pudieron expresarse. Comienza por denunciarse en el mismo parlamento la falta de respeto del proceso legislativo para con la propia institución parlamentaria mediante unas prácticas de sustracción de decisiones que ahora se aplicaban al código civil. Ya de sobra sabemos que él mismo se cura en salud previendo sabiamente que su fuerza sólo depende de su promulgación, de algo que no corresponde al parlamento. También se contrapone la razón más sustantiva de los derechos, de una « libertad civil » que se dice y que así ahora se afirma frente al código en su propio terreno; lo hace frente a su intento de supeditar la misma libertad, como todo derecho, a ley. Y se muestra igualmente pujante la razón de la costumbre como forma de libertad social frente a determinación política de las mismas fuentes, frente a este poder superior de la propia ley. Son razones presentes con vigor en el debate (99).

Como no se discutió el articulado, salvo con el pie forzado de su respeto a las bases, no puede decirse que hubiera un debate parlamentario del código. No hubo discusión cumplida de las posiciones del título preliminar. Pero otras posturas pudieron manifestarse. Gumersindo de Azcárate, a quien ya vimos valorar el planteamiento distinto del código portugués y quien estaba realmente haciéndose una posición constitucional bien crítica de la codificación sin más (100), será un buen portavoz en un mal debate. Al discutirse las bases, su voz se levanta frente a « la tiranía del Código Napoleón », frente a su tiranía de ley. Ataca su intento de

(99) Rosario HERRERO y Mª Angeles VALLEJO (ed.) y José Luís DE LOS MOZOS (estudio preliminar), *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889,* Madrid 1889, con la imagen más favorable que sólo luego se ha impuesto.

(100) B. CLAVERO, *El método entre infieles,* pp. 290-296.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

supresión de costumbres y su ambición así constituyente, aun con la salvedad foral en el caso. « Que publicado el Código se acaba todo derecho, no lo comprendo, no he oído utopía más grande », utopía porque ni siquiera se logrará. « Aunque el Código lo diga, no pasará ». Habrá un derecho fuera ahora del derecho, costumbres fuera de ley (101).

Algo más podrá Azcárate explicarse al debatirse la conformidad del texto con las bases. Se permite todo un discurso general sobre el código, aun acusando el pie forzado, procurando situarse en los terrenos del propio texto. Si ha de tratarse de la codificación civil, bien que ante todo le gustaría que se ciñese a su objeto: « derecho de la personalidad, ya en toda su amplitud, como resulta en el Código portugués », ya más restringidamente si se prefiere. No oculta su preferencia por el planteamiento vecino, pero no se entretiene en ella. Entra en una crítica interna del texto, mas también luego viene a una valoración general del código, con las cuestiones que desbordan el campo propio.

Es su verdadero « juicio crítico », según dice. Así expone que, por efecto de la codificación civil, se produce una dicotomía entre « el derecho público » que es « un derecho nuevo, un derecho filosófico, un derecho obra de la civilización moderna » y « el derecho privado » que es « un derecho eminentemente histórico y tradicional », cuya « antítesis » además se desequilibra a favor de éste segundo, resultando así que « la revolución moderna » sólo muestra su cara negativa. La ley se impone sobre la libertad en el campo civil y la imposición viene a extenderse a todo el derecho. Tiende a imponerse sobre la libertad (102). Es la situación que ya hemos visto detectarse claramente por la explicación del proyecto de 1869, por aquel intento fallido de superarla.

En cuestión de fuentes, en materia del título preliminar, Azcárate vuelve a la costumbre. La defiende conforme a ley, a falta de ley y contra ley. No entiende una ley que intente imponerse y mantenerse frente a costumbre contraria. Es un asunto en el que, por la

(101) *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889,* I, pp. 857, 868 y 869, intervenciones de AZCARATE en la sesión de 9 de abril de 1888.

(102) *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889,* II, pp. 1671, 1682-1684, intervenciones en las sesiones de los días 6 y 9 de abril de 1889.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importancia que le confiere y por los recelos que se suscitan, le gustaría explicarse más allá de lo que la discusión parlamentaria permite y de lo que su fase concreta aconseja. Ante el apuro, recurre a la remisión. « Recuerdo que mi querido amigo el señor Costa » se ocupa « de la costumbre en varias obras con una profundidad no igualada, o por lo menos no excedida por ningún tratadista europeo ». Y es una recomendación que se reitera (103).

Llegamos a Joaquín Costa, quien en efecto compartía con Azcárate posición no sólo respecto a la costumbre, sino también más en general a la codificación (104). Será el autor de la obra que constituye el más duro alegato, un libelo en toda regla, contra el título preliminar del código civil, contra el concepto napoleónico del derecho que encierra, que sigue encerrando. Me refiero a un discurso suyo para ingreso, apadrinado por Azcárate, en una academia de ciencias morales y políticas, y no en la de legislación y jurisprudencia que también existía, acerca del *problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre,* problema o problemas propios del título preliminar francés y de la sustancia que de él se conservaba en el título preliminar español, problema o problemas sobre todo si se consideran desde una posición constitucional que no le es precisamente favorable (105). Ya no es una sorpresa a estas alturas.

El problema de entrada es el de *la ignorancia del derecho,* la presunción de conocimiento de la ley que ya se contenía en el título napoleónico y más en concreto esta fórmula de ignorancia inexcusable que entró pronto y se ha registrado ahora en el título patrio. Artículo segundo como ya sabemos: « La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento ». He aquí para Costa « un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia », « un artificio gigante, monstruoso, que condena a los

(103) *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889,* II, pp. 1689 y 1734, intervenciones en las sesiones de los días 9 y 12 de abril de 1889.

(104) B. Clavero, *El método entre infieles,* pp. 283-290, de lo que retomo algún punto.

(105) Joaquín Costa, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre,* Madrid 1901 y ediciones posteriores: George J.G. Cheyne, *Estudio bibliográfico de la obra de Joaquín Costa, 1846-1911,* Zaragoza 1981, págs. 106-108 y 214.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hombres a caminar a ciegas por el mundo ». Las leyes ni siquiera son universalmente accesibles. Por razón de lengua, ya no llegan a todos sus destinatarios: « para la gran masa de la región catalana y levantina o del país vasco y gallego, escribir las leyes en castellano vale tanto como escribirlas en griego, en chino o en latín ». Por razón de cultura, por la ciencia en concreto que también se presume, cuando las leyes llegan, lo hacen mal: resulta « una desigualdad, un desequilibrio, que engendra a las veces un verdadero antagonismo entre la inteligencia que el particular dio a la regla al aplicarla en su vida privada y la que le da el tribunal » (106).

Pero el problema es justamente para Costa de orden superior. No se arregla con técnicas de propaganda, con « métodos de publicidad y aprendizaje de las leyes ». Están en juego nada menos que unos conceptos, el de la ley y sobre todo el del derecho. Hay que replantearse de raíz todo el asunto. La cuestión de la ignorancia como carencia está mal formulada: « acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes, deban invertirse los términos diciendo que no son verdaderamente leyes sino aquéllas que el pueblo conoce... y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos » (107). Así entra el referéndum, la cuestión de un principio conforme al cual la promulgación no basta para la validez de la ley pues ulteriormente se requiere una práctica efectiva, su adopción social, este grado superior de democracia. Así, tan democráticamente, tiene entrada *la costumbre* como fuente (108).

He aquí el epígrafe de un capítulo: « Unidad e identidad de ley y costumbre. Las leyes se promulgan siempre ad referéndum ». Anuncia bien su contenido. Entre ley y costumbre no cabe contraposición porque el valor de la primera depende exactamente de la segunda: « el legislador no tiene derecho a mandar aquello para lo

(106) Cito por la edición que alcanzara más difusión, la de los *Manuales Soler,* con inicial de autor y reducción de título en portada: J. COSTA, *La ignorancia del Derecho,* Barcelona 1901 y siguientes, pp. 5, 6, 9 y 11.

(107) J. COSTA, *La ignorancia del Derecho,* pp. 27 y 35.

(108) Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Joaquín Costa y el Derecho aragonés. Libertad civil, costumbre y codificación,* Zaragoza 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que el pueblo explícita o implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto en una ley que el pueblo no cumple o deja caer en desuso ». Dirigiéndose a los responsables, a quienes deben así serlo: « Tú, Diputado, Senador, Ministro, eres el súbdito, y el pueblo el soberano ». Y esto tiene su traducción en el lenguaje de las fuentes.

Hela: « si el pueblo crea una costumbre *fuera de ley,* es que su órgano para la función de legislar se distrajo y no vió que existía allí una necesidad »; « si el pueblo crea una costumbre *contra ley,* es que el legislador, por distracción, por precipitación o por soberbia, no comprendió la naturaleza de la necesidad o no quiso comprenderla, y le impuso una norma que no le era adecuada », en cuyo caso « no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho: no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano ». Los términos en verdad se invierten: « ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme a la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es ley *según costumbre, fuera de costumbre* y *contra costumbre* » ([109]). Y situando la costumbre sobre la ley, Costa sabía de lo que hablaba. No era especulación. Su postura y su intervención personales están siendo decisivas en aquella eclosión de la costumbre que deja en evidencia al código.

El argumento del discurso puede estarse apreciando que resulta constitucional. Lo es sobre todo por el término intermedio del título en el que todavía no nos hemos fijado. Entre los extremos de la ignorancia de una parte y el referéndum y la costumbre de otra, hemos visto que aparece *el status individual.* Está en medio. Es el fiel de la balanza. He aquí el epígrafe de otro capítulo, de uno central: « Constitución del status individual ». De tal construcción se trata y no además como de cosa filosófica, sino jurídica, del derecho positivo a mano. Entre el derecho individual que se registra en la constitución y la libertad privada que se encierra en el código, « nada nos impide ser los legisladores de nuestra propia vida, regir

([109]) J. COSTA, *La ignorancia del Derecho,* cap. IV, pp. 90-92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuestros actos por normas propias de derecho, permaneciendo extraños a la confusa balumba de la legislación y dejándola reducida a una estéril posibilidad sin aplicación presente para nosotros y, por tanto, sin necesidad de conocerla ». Se trata realmente de construir un derecho del individuo, un « Código o Constitución del Estado individual », que pudiera mostrarse capaz de establecerse y operar como fundamento de todo el orden jurídico. Se trata de sentarle al derecho esta premisa de libertad.

Así tenemos una exposición de bases, de unas bases bien distintas a las del *Código Napoléon* y de todos sus satélites hasta el español más reciente. Se nos explica que existe una categoría básica de « derechos inherentes a la persona individual » que cabe encontrar « en el Código civil (Portugal) o en el Código fundamental (España) » o de alguna otra forma también, puesto que lo esencial no es el registro, sino el reconocimiento. Tales derechos han de constituir por razón de naturaleza, como libertades, premisas de las leyes. Son de por sí la fuente, una fuente de fuentes. Entre los mismos derechos y en lugar preeminente figura el « derecho de pactar con fuerza de ley », esta base para el mismo entendimiento consensual de la ley que luego puede extenderse a la prevalencia de las costumbres y al referéndum de las leyes.

Y no es cuestión de teoría especulativa, sino de derecho positivo. Dicho mismo predicado del concepto ayuda a la inversión que se busca de los términos. El principio se sabe extraer de otros códigos, aparte del portugués, e incluso del *Código Napoleón*, aprovechándose la presencia efectiva de una libertad privada en los mismos, en todos ellos. Así estamos, no ante la subordinación de la libertad a ley, sino ante el « reconocimiento de esa potestad soberana que para legislar en su esfera compete al individuo (y) hace el Código civil español », alegándose su artículo mil noventa y uno: « Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos », y no dejándose de señalar la concordancia príncipe: « en iguales términos el Código civil francés: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* (art. 1134) ». Así puede retorsionarse el propio código, convertirse en principio general, en título entonces preliminar, en constitución efectiva, lo que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para él no lo era: la libertad como premisa del derecho. Esta es la verdadera torna de una crítica interna (110).

Sin esta base de libertad, y de libertad individual, para todo el derecho, para el civil como para el constitucional, para el privado como para el público, sin esta otra especie de título preliminar, de código común, de constitución básica, lo que tenemos es tiranía, « la más grande tiranía », una tiranía que admite libertad, pero tiranía que se arroga el poder de determinarla. La antítesis señalada por Azcárate, aquella dicotomía entre lo público y lo privado que no se resuelve en equilibrio, sino en predominio del poder público a través, no del derecho constitucional, sino del derecho civil, de la forma como en éste se admite libertad privada, es algo que Costa también denuncia. Es « antinomia » que provoca « dualidad de personas », « personalidad doble », esquizofrenia, entre « los liberales », los constitucionales de entonces: « en cuanto políticos, proclaman la soberanía del pueblo; en cuanto jurisconsultos, la niegan », con lo que viene a concluirse que estos « liberales lo son sólo de aprensión », resultando « de hecho absolutistas », con la única diferencia de que « en vez de colocar la fuente viva, real, de la soberanía en un rey, la trasladan a su propia persona en su calidad de órganos del Estado » (111). Son autistas.

El autismo no es exclusivo del código. Es propio también de su historia, de una historia que resulta manifestación igualmente suya aunque no figure en su título preliminar. El código establece su punto de vista, su concepto del derecho. Si se establece, si llega a imponerse, la imagen producida no será la que Azcárate o Costa observan, sino la que los codificadores se figuran, la que la propia codificación genera. El historiador, como el jurista, hace suyo el paradigma. Así se produce una historia servil del derecho, de un determinado concepto suyo, que constituye un elemento nada desdeñable en la imposición misma de la codificación, de la cultura que representa. Es la historia que tenemos, que seguimos teniendo (112).

---

(110) J. COSTA, *La ignorancia del Derecho,* cap. III, el de la constitución individual, pp. 45-49 y, fuera de él, 85.

(111) J. COSTA, *La ignorancia del Derecho,* pp. 36 y 90.

(112) C. VATTIER, *Alonso Martínez, la codificación y la ciencia del derecho civil en el siglo XIX,* en C. ROGER y C. VATTIER (eds.), *Manuel Alonso Martínez,* pp. 453-544;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

No se concibe otra por la misma razón y los mismísimos motivos por los que no se concibe un derecho definido, antes que por código, por constitución, y, antes que por constitución, por libertad, por unas libertades individuales y sociales, un derecho que sea ante todo derechos. Pero no es momento aún de conclusiones. España sólo es un caso y además escatotípico. Conviene salir de su espacio remontándonos en el tiempo hacia un inicio de nuevo.

> Siendo (el castellano) la sola lengua escolar, llegará a atrofiar y destruir los idiomas locales, y así la unificación (...) será un hecho.
>
> Justo Sierra, 1902

7. Terminado el trayecto por España de momento, pues volveremos, pasemos a América. Los primeros código civiles que se promulgaron en lengua española, en castellano, fueron precisamente americanos. Alguna referencia hemos tenido. Hubo en realidad unos cuantos con anterioridad al código español de 1888. El primero fue el del Estado de Oaxaca, en México, que se promulga por partes, por libros, entre 1827 y 1829 (113), con un título preliminar *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general,* epígrafe que ya acusa el influjo francés. Es una versión del título napoleónico, con sus disposiciones principales sobre fuentes, esto es, con la identificación entre derecho y ley y sin ninguna previsión sobre la posibilidad o la existencia de otras fuentes. Artículo duodécimo: « El juez que reusare juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley será castigado como culpable de no haber administrado la justicia ». *Napoleón* está desde el principio presente en este otro continente. *Napoleónidos* serán también sus códigos.

Un reforzamiento importante, el de inexcusabilidad de ignorancia, ya se produce en este código pionero, aun con unas puntualizaciones estructurales y con una salvedad temporal realmente sintomáticas. Artículo octavo: « Todo habitante del estado está

Juan BARO PAZOS, *La Codificación del Derecho Civil en España, 1808-1889*, Santander 1993.

(113) *Código Civil para Gobierno del Estado Libre de Oaxaca,* Oaxaca 1828, reproducción en Raúl ORTIZ URQUIDI, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana,* México 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

obligado a instruirse de las leyes que sean concernientes a su estado, profesión, o a sus acciones; y ninguno puede fundar justificación en la ignorancia de una ley, que ha sido legalmente publicada. Solamente en el caso en que las acciones que antes eran permitidas, y se miraban como indiferentes, hubiesen sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído, si alegare, que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana, y que no tuvo negligencia por su parte en no haberse impuesto de la ley. Después de cinco años contados desde la publicación de los códigos civil y penal, no se podrá alegar esta escepción ».

Obsérvese. No cambiamos de contenido, pero hemos cambiado de continente. Realmente lo hemos hecho. Estamos ante una sociedad que se reconoce formalmente dividida en estados sociales, en la que de igual modo se admite que la ley puede ir perfectamente contra el sentir común de unas gentes y donde es normal además la ignorancia de la propia lengua de la ley, el castellano. No son problemas que no se hayan, todos ellos, detectado en Europa, pero su envergadura debe de ser muy superior por aquí, por América, cuando así comienzan por aparecer reflejados en el mismo texto de la ley, en el mismísimo título preliminar del código. Aquí, en Oaxaca como en toda América, hay no sólo diferencia de lenguas y culturas, sino también división de etnias acentuada además tras una historia colonial (114), con unas poblaciones indígenas no raramente mayoritarias y de costumbres propias tanto civiles como políticas, de derecho así propio. Será un punto ciego de la codificación latinoamericana, pero tendremos que mantenerlo a la vista para entenderla. Aunque no es cosa que a la historiografía del caso le guste registrar, ya encontramos y no olvidemos una presencia indígena (115).

Un pronunciamiento prodecente del modelo, del mismo título

(114) John K. CHANCE, *Razas y clases de la Oaxaca colonial,* México 1982; Marcelo CARMAGNANI, *El regreso de los dioses. El proceso de reconstitución étnica en Oaxaca. Siglos XVII y XVIII,* México 1988.

(115) Marcial RUBIO CORREA, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX,* p. 175, en Abelardo LEVAGGI (ed.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana,* Buenos Aires 1992, pp. 157-186. Son títulos ambos, el del artículo como el del libro, excesivos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preliminar del *Código Napoleón,* del prototipo, puede entonces cobrar especial significación. Artículo décimo tercero: « No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesen al orden público, y a las buenas costumbres ». Orden y costumbres, este componente imperativo máximo del ordenamiento jurídico, pueden constituir aquí una posición más neta de parte, orden y costumbres propios de una sola entre las culturas presentes.

Pese a ello, a todo ello, se plantea y promulga en Oaxaca el código de planta napoleónica como derecho general haciéndose tan sólo la concesión de preverse su efectividad en un tiempo de cinco años. No hubo oportunidad. Este código fue efímero, pero su idea del derecho como su realidad de base, ambas cosas, serán perdurables. Hoy todavía, pese a códigos, Oaxaca es un estado pluriétnico, plurilingüístico y pluricultural. Y Oaxaca no es un caso excepcional ni entonces ni ahora. Hoy también, por una América Latina que presenta dichas características, el empeño de la codificación, de esta imposición de ley, no ha cedido. Se tiene así a la vista, por una parte, la evidencia de un fracaso y, por otra, el testimonio de un empecinamiento (116).

Algo tiene *Napoleón* cuando así impera, cuando así quiere imperar todavía, en América. Ha comenzado en Oaxaca una historia del título preliminar del *Código Napoleón,* de este texto en castellano como norma, como norma de normas. No voy a verla caso por caso, pues me faltan los conocimientos necesarios, pero intentaré la exposición de unas líneas generales a través de los mismos casos. Y sigo haciendo historia, no filología, y una historia que mire a lo presente, no a lo pasado. A ello vamos.

8. La traslación a lengua castellana de los planteamientos del título napoleónico, con su imperio de ley e ignorancia de otras fuentes y muy particularmente de la costumbre, con esta verdadera novedad también para América, es tarea que no se abandona, emprendiéndose y prosiguiéndose por otros códigos. Y es cosa siempre nueva. Tampoco por este otro continente había adquirido la

(116) Para estas referencias americanas puede convenir también que remita, pues mira a ello, a escrito propio: *Derecho indígena en América*, por publicar.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ley un valor singular de fuente como el que alcanza solamente con la codificación (117).

Siguen códigos. Siguen títulos preliminares. Es el caso de Bolivia, en 1831, de Costa Rica, en 1841 dentro de un código general que es también penal y procesal, y de la República Dominicana, en 1845 tras haber tenido anteriormente una adaptación más directa del *Code Napoléon* como pertenencia de Haití, donde se había adoptado en 1826 perdiéndose la posibilidad que aquí vimos de mantenimiento de la costumbre como fuente (118).

El código boliviano es el primero entre los que perdurarán (119). Presenta como título preliminar, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general,* la peculiaridad de una versión resumida del texto napoleónico que presume la identificación entre derecho y ley y registra el principio de imperio de ley general, de su orden y su moral, sobre libertad particular. Artículo quinto: « Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no se pueden renunciar por convenios particulares ». En materia de justicia el silencio se prefiere a la mención de otras fuentes que no fueran la ley y que, en un estado de mayoría indígena como Bolivia, estarían a la vista. El título preliminar de la primera parte del código general de Costa Rica, que es la parte que se corresponde con el código civil, es copia literal, salvo referencias locativas, del boliviano, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general* (120).

El código de Perú, de 1852, comienza a nombrar otras fuentes y en particular la costumbre, pero precisamente para negarlas. Artículo sexto: « La costumbre o el desuso no deroga las leyes ».

---

(117) Víctor Tau Anzoategui, *La Ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación,* Buenos Aires 1992; John Phillip Reid, *Constitutional History of the American Revolution,* III, *The Authority to Legislate,* Madison 1991.

(118) He de advertir que no he visto materialmente todos los códigos latinoamericanos que habré de mencionar, como podrá sin dificultad percibirse por la misma forma de citarse, indirecta entonces. Pero, no ateniéndome a la cronología de un modo estricto, hay casos, como el dominicano ahora, que iré dejando para otros apartados por razones que espero también fácilmente perceptibles.

(119) Carlos Terrazas Torrez (estudio preliminar), *Código Civil de Bolivia,* Madrid 1959, vigente hasta 1976.

(120) *Código General de la República de Costa-Rica, emitido en 30 de julio de 1841,* Nueva York 1858.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Artículo noveno: « Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverán atendiendo: 1º. Al espíritu de la ley; 2º. A otras disposiciones sobre casos análogos; 3º. A los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran » (121).

Ante la dificultad, si no imposibilidad, de imponer sin más la ley conforme al modelo napoleónico, de conformidad con el prototipo, van apareciendo por aquí también fórmulas para establecerse una jerarquía bajo cuyo peso la costumbre resulte literalmente aplastada por una jurisprudencia que se debe a sus propios « principios generales » y, última y primeramente, a la ley, siempre a la ley. La referencia final del artículo noveno peruano no deja de remitir en último término al legislativo.

Seguirá un código, el de Chile, todo un deuterotipo como sabemos, que acertará a darles forma a tales mismas aspiraciones guardando menor dependencia de ejemplos europeos, de sus expresiones textuales. El sintagma de los principios generales del derecho sin más adjetivaciones, que aquí ha aparecido antes que en la trayectoria española, no tiene tampoco, como todo ello, otro origen (122). No estamos haciendo filología, pero ésta concreta, un tal

---

(121) A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX,* pp. 244-245, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* 12, 1987-1988, pp. 237-254; M. RUBIO CORREA, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana,* pp. 171-176. El código peruano de 1852 puede verse que está entre los que no he visto directamente; unos posteriores, ya del siglo XX, no conservan como veremos el mismo título preliminar.

(122) A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles,* p. 245 citada, observando que la expresión ya estaba, con ulteriores similitudes respecto al artículo noveno peruano, en el décimo quinto del código de Cerdeña y el Piamonte, de 1837, que puede a su vez derivar del séptimo del código austriaco, de 1811, vigente en la Lombardía, del cual también podían proceder fórmulas de éxito como la inexcusabilidad de ignorancia de ley y la admisión de costumbre sólo por remisión legal. En el código sardo, en su artículo décimo sexto, también estaba, como igualmente vimos, el referimiento político último de la duda judicial, lo que no parece tampoco tener el origen propio que Guzmán registra para este punto, procedencia en todo caso también ajena, de derecho preconstitucional castellano, y ajena ahora más por preconstitucional que por

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

origen, importa a la historia. No hay código de concepción americana.

El código de Chile responde a un efectivo esfuerzo de adaptación e implantación del modelo napoleónico por tierras latinoamericanas y además obtuvo una importante recepción e influencia a lo ancho de ellas (123). Constituye una especie de modelo o mejor una clase de diseño americano. Merece atención redoblada. Azcárate recuérdese que nos lo introdujo. Y no fue el único introductor en Europa (124). Ya estamos en antecedentes. Sabemos que es *Napoleónido.* Databa de 1855. Entró en vigor en 1857 (125).

Ostenta, recordemos, el código chileno un título preliminar muy desarrollado en seis secciones: *De la ley, Promulgación de la ley, Efectos de la ley, Interpretación de la ley, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes* y *Derogación de las leyes.* Ante todo formula una soberanía, no otra que la de la ley: « declaración de la voluntad soberana » que debe manifestarse « en la forma prescrita por la Constitución » (artículo primero) y que « sólo toca al legislador explicar o interpretar » de un modo normativo, « generalmente obligatorio » (parágrafo primero del artículo tercero). Son cosas que vimos. Tenemos a la ley entronizada como en el prototipo napoleónico, destacándose esta soberanía, pero con la relevante modalidad de una, aunque genérica, referencia constitucional. Es un registro importante en su contexto, aunque, con su misma generalidad, no es que comprometiera a mucho. Tampoco por América latina estaban estableciéndose procedimientos que pudieran decirse muy constitucionales de producción legislativa y por tanto de los mismos códigos (126).

---

castellana. Son textos los dichos que están, como se vió, en la colección de concordancias de Saint Joseph, vertidos con ella.

(123) A. Guzman Brito, *Andrés Bello codificador,* I, pp. 466-469; Bernardino Bravo Lira, *La difusión del Código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués,* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* 7, 1982, pp. 71-106.

(124) Luís F. Borja, *Estudios sobre el Código civil chileno,* París 1901-1908.

(125) Andrés Bello, *Obras Completas,* XII: Pedro Lira Urquieta (introducción y notas), *Código Civil de la República de Chile. Texto concordado con los distintos proyectos de Bello,* Caracas 1954-1955, con los materiales que cito. A. Guzman Brito, *Andrés Bello codificador,* II, *Fuentes*, no reproduce estos textos.

(126) B. Bravo Lira, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Aparecía también en el código chileno la costumbre, pero no admitiéndosele como fuente. Sólo se admite por remisión de la ley, por determinación suya. Recordemos el tenor del artículo segundo: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remita a ella ». Y recordemos igualmente, pues este texto ya lo vimos, el parágrafo segundo del artículo tercero que, conforme a la asignación expresa de la interpretación normativa de la ley al propio legislador y de acuerdo con el modelo napoleónico, descarta también la jurisprudencia judicial como fuente: « Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren ». También ya vimos que la jurisprudencia no judicial no tenía posibilidad de acceder a la condición de fuente. Las secciones cuarta y quinta del título preliminar chileno, las dedicadas a la interpretación doctrinal de las leyes y al entendimiento primario de sus palabras, intentaban sujetar de este modo su actividad. El modelo de fondo era el napoleónico sin más, con mayores previsiones que intentaban asegurarlo en unas condiciones bastante más desfavorables para su establecimiento, para su identificación ante todo del derecho con la ley. El deuterotipo, si se distancia del prototipo, es para alcanzarlo. En esto consiste el modelo o diseño chileno.

Los proyectos de este código chileno, proyectos que presentaban títulos preliminares todavía más desarrollados, revelan que la preocupación primordial era la costumbre, su sometimiento a ley. Es lo que parece importar ante todo y sobre todo. Es lo único que una exposición de motivos resalta en materia de fuentes: « Siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley », el valor de derecho se entiende. Los proyectos previeron una admisión de jurisprudencia a los efectos de dicho cegamiento de la costumbre como fuente autónoma. Confiándose menos en la capacidad de la ley para discernir entre costumbres, aceptar parte en su caso y lograr la erradicación del resto, se encomendaba a una jurisprudencia superior este cometido requiriéndose que su forma más circunstanciada de aceptación y aplicación sirviese como vía para dicho discernimiento. Y de esto mismo

---

Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo, México 1992, cargando la mano y recreándose en la suerte.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tampoco se mostraron muy seguros unos proyectos, haciendo incluso unas previsiones de criba algo más directa de la costumbre. Era fuente que pujaba.

Artículo quinto de proyecto publicado entre 1841 y 1845: « El uso o costumbre legalmente probado tendrá fuerza de ley en todo aquello en que no fuere contrario a las leyes dictadas y promulgadas por la autoridad constitucional competente. Y sólo se tendrá por legalmente probado el uso o costumbre a cuyo favor constare haber habido tres o más decisiones judiciales conformes, pronunciadas dentro de los tres años anteriores por una corte superior o suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada. Pero se podrá refutar esta prueba aun por una sola decisión contraria que tenga las mismas calidades ».

Artículo segundo de proyecto de 1853: « La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes: 1º. Por tres decisiones judiciales conformes, pasadas en autoridad de cosa juzgada, dentro de los últimos diez años. 2º. Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata, nombradas por el juez de oficio o a petición de parte. Sólo a falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo; y ni el uno, ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiere pronunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada ». Precauciones suplementarias adoptaba el artículo siguiente, el tercero, de este proyecto: « La costumbre puede ser general o parcial. La costumbre parcial, limitada a cierta parte del territorio, a cierta profesión, a cierta clase de personas, no tendrá valor alguno fuera de estos límites ».

Y no olvidemos donde estamos. Recordemos una presencia. « Cierta parte del territorio » y « cierta clase de personas » eran indígenas, habitantes anteriores de aquellas tierras y no integrados en el orden político que procedía a la codificación. Costumbre en América era nombre ante todo de derecho indígena. Tras tantas previsiones, ya se ha visto el resultado: « Se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley ». Dichos mismos esfuerzos no buscaban otro resultado que el de esta misma privación a la costumbre de una autonomía como fuente (127).

---

(127) A. Guzman Brito, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles,* p. 254, con otra perspectiva. Más distante en planteamiento y más de espaldas a lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

9. La influencia del código chileno va a hacerse notar en nuestro terreno de unos títulos preliminares, los cuales no es raro que, con esta guía, sean en América más desarrollados que en Europa. Así ocurre en Colombia, donde, tras adoptarse prácticamente el mismo código de Chile por algunos estados, como por Santander en 1858 y por Cundinamarca al año siguiente, se promulga en 1873 también como código federal, para su ámbito, con adaptaciones tampoco sustanciales (128). Lo recibe así además Panamá, todavía parte de Colombia. En dicha versión, la federal, el título preliminar aparece estructurado en estos seis capítulos: *Objeto i fuerza de este código, De la lei, Efectos de la lei, Interpretación de la lei, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes* y *Derogación de las leyes.* Aquí, a nuestros efectos, el importante es el capítulo segundo, equivalente a la sección primera de Chile.

El concepto colombiano es el chileno: el derecho es ley y « lei es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional » (artículo cuarto), pero el desarrollo no sigue fielmente el diseño, sumando reforzamientos. Hay un cierre de posiciones en materia precisamente de costumbre. Artículo octavo: « La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la lei. No podrá alegarse el desuso para su inobsevancia, ni práctica alguna, por inveterada i jeneral que sea ». Y de este signo tenemos una regla conocida. Artículo noveno: « La ignorancia de las leyes no sirve de escusa ».

Una recepción del código chileno sin muchas adaptaciones se produce también en El Salvador, en 1859, en Ecuador, en 1861, en Nicaragua, en 1871, y en Honduras, en 1880 (129). El texto salvadoreño, su título preliminar en la parte que nos interesa de este formulario más extenso propio del diseño chileno (*De la ley, Promulgación de la ley, Efectos de la ley, Interpretación de la ley,*

---

específico, refundiendo otras páginas suyas, B. BRAVO LIRA, *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica, 1827-1917. Derecho nacional y europeización,* en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana,* pp. 81-138.

(128) *Código Civil Nacional espedido por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia en sus sesiones de 1873,* Bogotá 1873.

(129) A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles,* p. 252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes y *Derogación de las leyes*), refuerza la referencia constitucional respecto a la ley (artículo tercero). El ecuatoriano presenta el mismo índice, al fin y al cabo el chileno, y un desarrollo mayor, con una adición sobre fuentes en la línea sustancialmente peruana. Regla séptima del artículo décimo octavo: « A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal ». Con analogía y principios, puede producirse, bajo ley, una apertura para la jurisprudencia, pero no respecto a la costumbre. Y artículo segundo tanto salvadoreño como ecuatoriano, repitiendo el mismo chileno: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella » (130).

La tónica de un cierre de posiciones alrededor de la ley con particular negación de la costumbre no remite. Así también ocurre, ya ha ocurrido, con los códigos de Venezuela, desde 1862, con el de Uruguay, de 1868, y con el de Paraguay, de 1876 (131). El segundo, el uruguayo (132), en su título preliminar, *De las Leyes,* combina pronunciamientos. Parágrafo segundo del artículo noveno: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella ». Artículo décimo sexto: « Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales del derecho, y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso ».

A falta de ley, así se añade hasta la jurisprudencia no judicial, pero no la costumbre, que sólo vale por remisión de ley. En dirección similar de afirmación de la ley sobre libertad tanto social como también individual, figura en el código uruguayo otra regla conocida de estirpe más puramente napoleónica. Artículo undé-

---

(130) Mauricio GUZMAN (estudio preliminar), *Código Civil de El Salvador,* Madrid 1959; *Código Civil de la República del Ecuador. Edición aprobada por la Corte Suprema de Justicia,* Quito 1930.

(131) A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles,* p. 254. Unos primeros códigos de Venezuela, donde se sucedieron hasta cuatro civiles entre 1862 y 1880, también están entre los que no he logrado ver.

(132) *Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay promulgado por el Gobierno Provisorio en 23 de Enero de 1868. Edición oficial,* Montevideo 1868.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cimo: « No puede derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres ».

Sigue, ha seguido, el código de Argentina, de 1869 (133). Presenta dos títulos preliminares, uno primero *De las Leyes* y uno segundo *Del modo de contar los intérvalos del Derecho.* El nuestro es el primero. Viene la regla napelónica de sujeción de justicia a ley. Artículo décimo quinto: « Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes ». Se añade la mejora sobre fuentes que viene corriendo por América desde Perú pasando al menos por Ecuador, Uruguay y, como veremos, también por México y más tarde por Guatemala. Artículo décimo sexto: « Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso ». Siguen refuerzos también conocidos con alguna salvedad que afirma siempre ley, ley siempre. Artículo vigésimo: « La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley ».

Lo propio resulta con la costumbre. Artículo décimo séptimo: « Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o la práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellas ». El giro de que la costumbre no puede crear derecho en el sentido subjetivo, derechos así en plural, es nuevo y significativo.

Este título se preocupa por la dependencia más inequívoca de los derechos respecto a las leyes, del derecho subjetivo respecto al derecho objetivo, un principio al fin y al cabo también napoleónico como de sobra sabemos. Aquí tiene fórmula propia. Artículo quinto: « Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público ». Una regla genuinamente napoleónica puede aparecer así reforzada. Artículo vigésimo pri-

---

(133) *El Código Civil de la República Argentina sancionado por el Honorable Congreso de la Nación el 25 de septiembre 1869 y 7 de agosto 1872. Cotejado artículo por artículo con la edición de Nueva York, declarada auténtica, ofreciendo así en un mismo libro ambas ediciones de Código Civil Argentino,* Bueno Aires 1872.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mero: « Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres ».

Que hay motivos de fondo para el empeño puede reflejarse en otro artículo. Se trata del noveno: « Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud o que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales », no generales. Unas concordancias debidas al responsable material de este código no tiene precedente de congénere para este artículo (134). Aun con expresiones de reserva, estamos ante ordenamientos que admiten todavía cosas incluso como la esclavitud. Difícilmente pueden afirmarse entonces derechos sobre leyes. No hay mejoras del modelo caprichosas ni inocentes. No hay en esta historia estereotipos.

10. Llegamos a la codificación mexicana (135). Ya está iniciada no sólo por aquel pionero extraviado que fue el código de Oaxaca, sino también porque, aparte otros intentos tempranos que quedaron en proyectos, se ha reemprendido mediado el siglo con un proyecto federal hecho público en 1861 que se promulga por el Estado de Veracruz el mismo año, es objeto de alguna promulgación fallida más general y sirve por fin de base para el código federal de 1870, código del distrito y territorios federales y, en determinadas materias, general, de todos los estados, que a su vez será renovado en 1884 y 1928 (136).

Tenemos nuestro título, *Disposiciones preliminares*, y sus pronunciamientos sobre fuentes. Priva ante todo la ley por encima particularmente de costumbre. El pronunciamiento es categórico desde el texto de 1861. Artículo cuarto: « La ley no puede ser derogada en todo o en parte sino por otra ley posterior, sin que valga

(134) Dalmacio VELEZ SARSFIELD, *Notas del Código Civil de la República Argentina,* Buenos Aires 1872, que son apuntes de concordancias, incorporados a algunas ediciones: *Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarsfield, y leyes complementarias,* Buenos Aires 1949.

(135) Mª del Refugio GONZALEZ, *El derecho civil en México, 1821-1871,* México 1988, pp. 57-137.

(136) Rodolfo BATIZA, *Las fuentes del Código Civil de 1928. Introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas,* México 1979, reproduciendo junto a otras fuentes dicho conjunto de materiales.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alegar contra su observancia el desuso, costumbre o práctica en contrario ». Lo segundo es importante pues se independiza desde 1870 de forma que se mantiene por los textos sucesivos. Artículo noveno de 1870 y 1884 y décimo de 1928: « Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario ».

A falta de ley, el expediente también es conocido. Ya lo formula el proyecto de 1861. Parágrafo primero del artículo décimo: « Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por la palabra, ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso ». Es texto que no se toca hasta el código de 1928. Artículo décimo noveno: « Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho ».

El texto de 1861 no habla expresamente de la ignorancia, pero el asunto entra en el de 1870. Artículo vigésimo primero: « La ignorancia de las leyes no sirve de excusa y a nadie aprovecha ». El de 1884 puntualiza. Artículo vigésimo segundo: « La ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa, y a nadie aprovecha ». El de 1928 procede a unas salvedades bien sintomáticas. Artículo vigésimo primero: « La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten inexcusablemente al orden público ».

Hay leyes en todo caso inexcusables. La fórmula napoleónica está presente desde el proyecto de 1861. Artículo noveno: « Las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público y las buenas costumbres, no pueden alterarse por ninguna clase de convenios privados ». El código de 1870 refuerza: dichas leyes « no podrán alterarse, o nulificarse en cuanto a sus efectos » (artículo décimo sexto), siguiéndole el de 1884 (artículo décimo quinto). El

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

código de 1928 cambia de expresión, pero no de regla. Primer parágrafo del artículo sexto: « La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla ». Entre los motivos de exención de cumplimiento por ignorancia, esta libertad no figura.

Al código de México de 1870 le sigue, le ha seguido, el de la vecina Guatemala, de 1877, con su título preliminar *De las leyes en general* (137). La costumbre también se nombra para excluirse. Artículo sexto: « Contra la observancia de la ley, no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario ». El principio de identificación de la ley con el derecho se refuerza. Artículo décimo séptimo: « Los Jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ella ». Un recurso ulterior, que apareciera en Perú y ha pasado al menos por Ecuador, México y Uruguay, se agrega en su forma primera. Artículo décimo octavo: « Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos, resolverán atendiendo: 1º. El espíritu de la ley; 2º. A otras disposiciones sobre casos análogos; 3º. A los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran ». Y no se olvida la ignorancia. Artículo décimo noveno: « Nadie puede alegar en su favor la ignorancia de las leyes ». Guatemala es, en mayor medida era, país de mayoría indígena no partícipe ni siquiera del lenguaje del código.

La realidad de una presencia indígena que se reflejaba en México, en el código de Oaxaca, por unos comienzos y ante la que ha venido cerrándose luego los ojos, ha vuelto a detectarse por parte del mismo México sólo a la altura del código de 1928. Por el tratamiento especial que le dedica a la ignorancia del derecho, no es que se ponga exactamente de manifiesto, pero realmente se detecta una realidad indígena, una determinada imagen suya, no la propia, sino la que la ley misma se hace como hemos visto: la de un « notorio atraso intelectual » y un « apartamiento de las vías de comunica-

(137) *Código Civil de la República de Guatemala,* Madrid 1880, la edición citada de la *Colección de Códigos Civiles Americanos y Europeos.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción », el desconocimiento y la extrañeza en suma, la ignorancia para el código.

No esperemos que nuestros títulos preliminares ni que todos nuestros códigos enteros y juntos nos revelen realmente algo sobre dicho otro mundo. De su negación principalmente se trataba. Hay una ignorancia mutua. Igual que una parte, la indígena, ignora ley, la otra, la no indígena, ignora derecho. El código no debe saber nada sobre toda una realidad jurídica consuetudinaria, sobre todo un universo de derechos indígenas, cuya cancelación precisamente presume o intenta lograr presumiéndola. Toda su presunción puede aquí jugarse en esto. El código se plantea para la imposición de una fuente, la ley, y no para el conocimiento de un derecho, la costumbre, por muy existente y pujante que sea la misma. No existe ni puja como tal, como derecho, para el código. Para él es tan sólo privación, únicamente ignorancia, la ignorancia del derecho que es ignorancia de ley, una cosa lo mismo que la otra para el código.

Alguien muy vinculado al principal responsable de la codificación civil mexicana podía manifestarse de este modo refiriéndose a la pluralidad de costumbres en clave de lenguas: « La poliglosía de nuestro país es un obstáculo a la propagación de la cultura », por lo que debería desearse y procurarse que la lengua castellana consiguiera « atrofiar y destruir los idiomas locales », las decenas de lenguas indígenas vivas en México (138). He aquí expresado con toda crudeza el programa cancelatorio que se encierra en los títulos de fuentes, en estos preliminares del código civil y de todo el ordenamiento. Y es un horizonte que se entiende civilizatorio. Otra cultura que no sea la propia no se concibe, como no se concibe otro derecho que el propio. El resto se tiene por incultura. Este es el mundo excluyente del código, de la ley como única fuente autónoma, de esta exclusiva. Con toda consecuencia, el derecho, como la lengua, es imposición de ley, no libertad de costumbre. También en América

(138) Shirley Brice HEATH, *La política del lenguaje en México: de la colonia a la nación*, México 1986, p. 124, expresiones de Justo Sierra, hijo del jurista del mismo nombre que fuera el autor material del referido proyecto de 1861, base de esta codificación. Más conocida por más elaborada, no es otra la posición lingüística de Andrés BELLO, el principal reponsable del modelo chileno, el deuterotipo americano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el título preliminar del *Código Napoleón* vertido al castellano tiene lugar y papel, espacio y misión.

La posición monolingüística, reducción a lengua única, es consustancial al planteamiento codificador, reducción a fuente única. Y ambas cosas pugnaban con una realidad especialmente adversa. Porque la historiografía jurídica ofrezca la impresión, no se piense que la codificación hace uso de una lengua común. Por los mismos años en los que se última en México el código civil y también una guerra civil, entre 1866 y 1867, se dan por una parte, por parte de una monarquía declinante, ensayos de publicación de las leyes no sólo en castellano, sino también en náhuatl, como lengua indígena más difundida, y por otra parte, por parte de una república ascendente, una ley, y ley sólo en castellano, que anticipa un principio tan característico de la codificación como precisamente el de la entrada en vigor de las leyes por su exclusiva publicación oficial, una publicación ya se entiende que monolingüe (139).

Los ensayos lingüísticos son raros y no alcanzan en caso alguno a la codificación. El código sólo se concibe en lengua de procedencia europea a lo ancho y a lo largo de un territorio con otras lenguas que se cuentan por cientos y sus hablantes a veces por cifras de millón, y cuyo idioma castellano en las latitudes latinoamericanas no es lengua franca, distando mucho de ser común a todos y todas (140). Se trata entonces de reducir literalmente a la nada pueblos y culturas, las lenguas y las costumbres de millones de personas y miles de comunidades (141). Es el intento.

En 1896 se promulga en Venezuela un nuevo código civil, el quinto si llevo bien la cuenta (142), que a su vez se renueva en 1922

---

(139) Guillermo F. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano,* Naucalpan 1993, edición ampliada, pp. 179 y 181, para ambas cosas: para el dato y para la impresión.

(140) Francesc Ligorred, *Lenguas indígenas de México y Centroamérica*, Madrid 1992, pp. 111-128 para el náhuatl, que todavía hoy supera el millón de hablantes y hasta un cuarto de entre ellos monolingües.

(141) Roberto Jordan Pando, *Poblaciones Indígenas de América Latina y el Caribe,* México 1990.

(142) B. Bravo Lira, *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica,* pp. 131-138, ofrece, y no por primera vez, un cuadro cronológico con otra cuenta y no

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y, ya el vigente, en 1942 (143). El título preliminar es de factura napoleónica con algún aditamento. El enunciado, *De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación,* no anuncia mucha novedad, pero alguna se produce por adición. La hay respecto a los textos que he conseguido ver directamente, entre los que recuerdo que no figuran los anteriores venezolanos. Artículo undécimo de 1896 y décimo tercero de 1922 y 1942: « El idioma legal es el castellano. Las oficinas públicas no podrán usar otro en sus actos; y los libros de cuentas de los comerciantes, banqueros, negociantes, empresarios y demás industriales, deben llevarse en el mismo idioma ». Tenemos aquí, por estos últimos referentes, un cierre respecto a otros idiomas de matriz europea, como el inglés o como otros también presentes en las Guyanas, pero además lo hay, por la referencia pública, a lenguas propias aborígenes.

La novedad no cunde, pero tampoco queda aislada. Nicaragua renueva su código civil en 1904. El anterior, como ya dijimos, era de planta chilena y esto sigue acusándolo un título preliminar dividido en ocho secciones: *Promulgación de la ley, Eficacia de la ley, Interpretación de la ley, Del parentesco, Del modo de contar los intervalos del Derecho, De las medidas* e *Idioma legal*, toda una sección aunque sea de artículo único, el trigésimo octavo (144). Encontramos el mismo texto venezolano y un añadido propio: « Los cartularios emplearán igualmente el idioma castellano en los instrumentos y documentos que redacten y autoricen ». Si resulta una mejora del modelo, otra más, tampoco es caprichosa. El registro no es gratuito. La lengua castellana no era ni siquiera lengua franca en medio país nicaragüense (145).

---

muy fiable en general ni siquiera para la codificación latinoamericana. Venezuela tuvo códigos civiles anteriores en 1862, 1867, 1873 y 1880, cuatro como ya dije.

(143) *Código Civil de los Estados Unidos de Venezuela. Edición oficial,* Caracas 1923. Para el de 1897, las ediciones españolas citadas de la *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* en el *Anuario* y exenta como ya también dije.

(144) Este título preliminar, aunque no el código, ya también dije que se reprodujo diligentemente en la *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos,* en el *Anuario.*

(145) F. LIGORRED, *Lenguas indígenas de México y Centroamérica,* pp. 189-190,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A estas alturas, tras toda nuestra historia de textos en castellano, esta declaración de títulos preliminares de Venezuela, de Nicaragua y no sé si de algún otro caso, tampoco es que añada nada realmente nuevo. Quizá, por estas fechas, lo más significativo sea lo menos novedoso, el talante napoleónico del enunciado de los títulos preliminares venezolanos, con toda su presunción de ley y no sólo así de lengua. Esto segundo ha ido implícito desde el comienzo. El título en sí es signo de la cultura que está intentando imponerse con la más lesa ignorancia de otras culturas presentes. El *Código Napoleón* ofrecía el mejor modelo, el del silencio, un silencio letal para con la costumbre como fuente, el cual puede serlo, mortal, para con enteras culturas.

Costa Rica se dota de un código civil exento en 1888, sustituyendo aquél de 1841 que constituía la primera parte de un código general. El nuevo título preliminar, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes,* renueva poco en nuestros extremos (146). Segundo párrafo del artículo primero: « Nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente publicada ». Artículo duodécimo: « La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior, y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario ». O trae realmente estas novedades, pues estos rechazos explícitos, el de la ignorancia y el de la costumbre en refuerzo ambos de la ley, no figuraban en el código precedente.

De 1916 data el código del Panamá independiente (147), el cual, conforme a su procedencia colombiana, adopta un título preliminar de factura chilena, *De la ley, Efectos de la ley, Interpretacion y aplicación de la ley, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes* y *Derogación de las leyes,* sólo que recuperando el silencio absoluto sobre la costumbre. También es verdad que acentúa la referencia constitucional propia de esta modalidad americana del prototipo europeo: « Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y espíritu, se desechará

---

sobre la zona atlántica de Nicaragua donde además la presencia colonial es como en Belice respecto a Guatemala, más anglo que hispana.

(146) Héctor Beeche Lujan y Fabio Fournier Jimenez (estudio preliminar), *Código Civil de Costa Rica*, Madrid 1962.

(147) *Código Civil. Edición oficial,* Panamá 1926.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como insubsistente » (artículo trigésimo quinto); pero un planteamiento de este carácter constitucional no parece así que tenga nada que ver con la cuestión de unas fuentes distintas a la ley.

Más o menos constitucionales, entre unas modalidades americanas como principalmente la chilena y la argentina, los códigos en castellano de América pueden presentar diferencias apreciables en torno a la concepción más concreta de la ley, pero en algo están todos conformes: ante la fuente legal, la consuetudinaria no vale en absoluto. Se modela, pero hasta un punto. Se mejora con un designio. Puede haber leyes superiores, comenzándose por las constituciones, pero nunca costumbres tales. Estas son siempre inferiores. El silencio no se ha guardado religiosa o napoleónicamente en todos los casos, pero las menciones mismas no se han debido a otro propósito, si no el de excluir, al menos el de supeditar, el de no permitir autonomía ninguna de la costumbre, una costumbre que es en América ante todo derecho indígena, otro derecho y otra cultura, otros derechos y otras culturas (148).

No todo ha sido silencio. Tampoco es título preliminar todo. Porque no se reconociera formalmente derecho indígena, unos derechos indígenas, porque no se hiciera la previsión en sede y momento de fuentes, no ha dejado de producirse por la misma ley, exactamente por la ley, algún orden en la materia. Es, suele ser, de un carácter tuitivo, esto es, que no reconoce derecho, pero que ofrece protección. Mas si mira así a esto, lo hace en espera precisamente de una desaparición, no por lo común extintiva, sino asimiladora (149). Es extinción en todo caso de cultura. Para el código, para el derecho que se identifica con él, no hay otra perspectiva

(148) Antonio HERNANDEZ GIL y Enrique ZULETA, *El tratamiento de la costumbre en la Codificación civil hispanoamericana,* Madrid 1976, para otra perspectiva, la usual, desfigurándose la evidencia de la posición cerrada de principio, aquí con aprovechamiento de las admisiones por remisión de ley, por disposición suya, esta forma en realidad de negación de una fuente, y como si la cuestión pudiera así recluirse en el interior de la codificación, como si la costumbre no le fuera exterior, como si no estuviera extrañada toda una población indígena.

(149) Jorge SKINNER-KLEE (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala,* México 1954; Manuel GAMIO (ed.), *Legislación indigenista de México,* México 1958; Roque ROLDAN (ed.), *Fuero Indígena Colombiano. Normas nacionales, regionales e internacionales, conceptos administrativos y pensamiento jurídico indígena,* Bogotá 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cultural que la de importación europea y correspondiente cancelación definitiva americana (150). Tampoco es que haga falta la codificación para llegar a concebirse esta política del derecho que viene a resultar colonial, racista y genocida (151), pero el código ofrece indudablemente un sistema que, si no acaba de resultar eficaz, no es porque no estuviera bien concebido para este género de designios.

11. Los títulos están en castellano. Sólo por esto, los textos españoles pueden tener una presencia significativa en América. La hay también directa del imperio español en época plena de codificación y produciéndose códigos, durante unos años en Santo Domingo y a lo largo del siglo en Cuba y Puerto Rico. En un principio, no se aprecia una influencia que vaya más allá de la trasmisión del planteamiento napoleónico. El primer amago de codificación española sobre presupuestos constitucionales tanto sustantivos de derechos como procedimentales de parlamento, aquel texto de 1821 producido bajo la Constitución de Cádiz, no parece haber tenido eco por América. Una posición tan representativa como la de Martínez Marina se conoce y utiliza, pero sólo en lo que tiene de defensa, no de derechos frente a código, sino de código contra recopilación (152). No parece que interesase por su dimensión constitucional.

El proyecto español de 1851, con su aparato de concordancias, motivos y comentarios, deja en cambio sentir su influjo por América (153). Ha podido apreciarse. Es texto, como sabemos, de planteamiento cerradamente napoleónico, de esta entronización superior de la ley, y cuyos anexos, como también vimos, hacían alguna previsión

(150) R. BATIZA, *Los orígenes de la Codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano,* México 1982.

(151) Robert A. WILLIAMS, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest,* Oxford 1990.

(152) A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador,* II, pp. 112-117, editorial y artículo periodísticos de 1834 pertenecientes seguramente a Bello.

(153) B. BRAVO LIRA, *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana,* pp. 60-61, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* 9, 1984, pp. 51-64; José Mª CASTAN VAZQUEZ, *El Proyecto de Código Civil de 1851 y su influencia en las Codificaciones iberoamericanas,* pp. 282-285, en *Anales de la Academia de Legislación y Jurisprudencia,* 19, 1988, pp. 261-286.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complementaria a favor sustancialmente de religión. El deuterotipo español para América ha sido éste, derecho de identificación legislativa y cultura jurídica de sentido religioso. Y el prototipo europeo es siempre *Napoléon.*

Tras el proyecto de 1851 que ya sabemos que serviría más tarde como base para el código civil de España, se produce uno para territorio español en América, pero el mismo no deriva de dicho texto, sino más directamente del *Código Napoleón.* Es el código de Santo Domingo de 1862, donde, como parte anteriormente de Haití, se había recibido previamente el *Code Napoléon,* como también ya sabemos. En 1845, durante una primera fase de independencia, la República Dominicana adopta en bloque, según la expresión de la propia medida, « los Códigos Franceses de la Restauración », el civil, el mercantil, el penal y los procesales civil y penal que siguen siendo sustancialmente los napoleónicos. Así se comprende innominadamente el *Code Napoléon.* Había sufrido alguna reforma que, aparte el cambio que ya conocemos de emperador a rey, no interesaba a título preliminar. El *Titre préliminaire* continuaba en vigor en Santo Domingo cuando se reintegra por un par de años a dominio español y se produce dicho código de 1862. Se trata de una versión del francés que se dispone por no estar precisamente en castellano y que se aprovecha para introducirse reformas en materias que interesan a religión, a la religión católica, « a los Sagrados Cánones y a la disciplina Eclesiástica de España » (154).

Así tenemos nuevamente título preliminar *De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación.* No es una traslación sin más del original francés, pero en las partes sustanciales es esto lo que encontramos. Vuelven expresiones pues permanecen principios. Artículo cuarto: « El Juez que reuse fallar a pretesto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad ». Artículo quinto: « Se prohibe a los jueces proveer en los negocios de su competencia, por vía de disposición general y reglamentaria ». Artículo sexto: « No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el

(154) *Código Civil de la Provincia Española de Santo Domingo. Edición oficial,* Santo Domingo 1862, con el decreto de recepción de los códigos franceses y con las disposiciones de traducción, reforma e implantación.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

orden público y las buenas costumbres ». Este último presenta un giro de traducción que parece generalizar a todas las leyes el imperio de la ley sobre la libertad, a tal punto podía llegar la entronización de esta fuente. Y sobre otras fuentes no hay aquí más que silencio, el silencio olímpico napoleónico.

El código español ya sabemos que trae en 1888 otras fórmulas respecto a fuentes, que en esto no se atiene a la base declarada de 1851. Este código se adapta y extiende en 1889 a las colonias supérstites de América, las islas de Cuba y Puerto Rico (155). El título preliminar es el español, *De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación,* con supresión de los artículos referentes a los derechos forales, con eliminación de esta posibilidad de prevalencia de costumbres determinadas, como si fuera de la península no pudieran existir comunidades de derecho consuetudinario propio. El artículo sexto permanece, con su admisión de costumbre en defecto de ley, bajo esta subordinación y en este caso: « El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho ».

Cuba independiente mantiene el texto. Puerto Rico, pasando a depender de los Estados Unidos del norte, introduce modificaciones y ampliaciones a partir de 1902 (156). Desde este año, el artículo sexto es el séptimo con el primer parágrafo idéntico, pero con el segundo alterado precisamente en lo que interesa a la costumbre: « Cuando no haya ley aplicable al caso, el Tribunal resolverá conforme a equidad, que quiere decir que se tendrá en cuenta la razón natural de acuerdo con los principios generales del Derecho, y los usos y costumbres aceptados y establecidos ». La posición de la ley se ratifica, el juego de la jurisprudencia se abre y la entrada de la costumbre se pospone. El régimen de fuentes no se reforma de

(155) *República de Cuba. Código Civil con la Ley de Bases, las correcciones y reformas introducidas hasta el día por el Gobierno de Cuba,* Madrid 1915, con el decreto de extensión común, como inicialmente el texto, a Puerto Rico.

(156) Félix Ochoteco (estudio preliminar), *Código Civil de Puerto Rico,* Madrid 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo sustancial y las posibilidades en concreto de un derecho consuetudinario se reducen de forma notable.

La influencia del régimen español de fuentes no va mucho más allá de su dominio directo. De 1898 es un nuevo código civil de Honduras (157), único caso registrado de adopción autónoma de la fórmula (158). La inspiración chilena anterior se muda por la española. Tiene un título preliminar *De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación* en el que encontramos expresiones literales del español de 1888. El artículo sexto de España ocupa aquí la misma posición y presenta el mismísimo texto: « El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho ». Ya hemos visto que otros códigos adoptan o mantienen con posterioridad al español la fórmula triádica con dichos extremos de ley y principios, mas prefiriendo el paso intermedio, no de costumbre, sino de analogía, de esta extensión de la propia ley como expediente aquí más difundido.

El influjo resulta mínimo. No se abre paso por América ni una admisión tan subordinada de la costumbre como la que resulta del título español tras suprimirse la peculiaridad foral. El código civil de España no es un *Napoleónido* que cree modelo para la exportación, que demuestre esta capacidad. Pertenece a la familia, pero es sólo un escatotipo. La codificación española no sólo es que llegue tarde para contribuir a la formación de un modelo americano, del diseño americano del modelo europeo, sino que también así trae algún elemento especialmente repudiado por dicha variante. Es el capítulo consuetudinario susodicho (159).

La vieja metrópolis se permite un lujo que, por mucho que se les brinde, sus antiguas colonias ya no se muestran deseosas de impor-

---

(157) *República de Honduras. Código Civil. 1898,* Tegucigalpa 1898.

(158) A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles,* p. 251, con errata de fecha y error de correspondencias.

(159) Para visión más complaciente, J.Mª CASTAN VAZQUEZ, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas,* Madrid 1984; Juan Carlos GONZALEZ, *Influencia del derecho español en América,* Madrid 1992, pp. 145-172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tar. Y así resulta que, en lo que toca estrictamente a costumbre, la posición metropolitana final es un punto menos colonial que la posición americana. Los títulos preliminares son al fin y al cabo todos ellos coloniales, de una inspiración y de un contenido que merecen esta calificación. Una diferencia sólo es de grado. El colonialismo de cultura y con ello de derecho era cosa entonces de todos los que codificaban como lo resulta ahora de todos cuantos siguen promocionando un ideal codificatorio, sean americanos, sean europeos (160). Luego veremos el punto actual.

12. Los textos españoles que se planteaban el compromiso de los derechos no parecen haber tenido eco por América. Tampoco lo ha alcanzado el caso portugués que hacía el mayor esfuerzo; éste ni siquiera lo tiene en la codificación brasileña de su misma lengua (161). ¿Qué ocurre entonces con la problemática constitucional? ¿No están presentes por Latinoamérica las razones de este carácter contrarias al título preliminar? A juzgar por unos estudios actuales, por la historiografía del caso y al uso, no parece sino que tales específicos obstáculos, los constitucionales, allí no existieran, pero hay cosas que no se ven quizá porque no se miran, porque no quieren en definitiva verse. Algo ya ha asomado. La modalidad chilena de título preliminar establecía una conexión formal entre ley y constitución que así, aun en términos tan genéricos, quedaba al menos formulada. Y es principio que hemos visto interesar a otros casos incluso subrayándose. Y hay más.

El código civil de Colombia es, como sabemos, de corte chileno. Lo era el código federal y lo eran los códigos civiles de los diversos estados. Hay un cambio en 1887 consistente en la eliminación de estos cuerpos estatales y la conversión del federal en código unitario. La modificación se produce por efecto de la constitución de 1886

(160) El caso más transparente hoy se produce, no en España, sino en Italia, con un programa de investigación sobre *Codificazione e unificazione del diritto in America Latina* que tiene presencia de campo afectado y audiencia de parte interesada: Sandro SCHIPANI, *Los códigos latinoamericanos de la « transfusión » del derecho romano y de la independencia hacia códigos de la « mezcla » y « códigos tipo »,* en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana,* pp. 17-77.

(161) Sílvio MEIRA, *Genese e elaboraçâo do Codigo civil brasileiro de 1917,* en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana,* pp. 313-379.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que contiene algo más interesante para la codificación. Su título tercero, título *De los derechos civiles y garantías sociales,* concluye disponiendo su incorporación al código civil sin merma de su rango constitucional. Artículo quincuagésimo segundo: « Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución ». A partir de ahora *Título preliminar* será el título constitucional, debiendo en consecuencia pasar a un segundo lugar subordinado el título preliminar originario. Así puede también intentarse la entronización de derechos por encima de la de ley. Queda en intento. El código no se altera y el nuevo título preliminar parece fuera de lugar. Se cumplirá la constitución publicándose con el código, pero en forma por lo común significativamente de anexo, como apéndice. Como título preliminar, realmente no rige (162).

Pero la problemática más sustancialmente constitucional, la de los derechos, así al menos está. Llega a comparecer en el mismo terreno de la codificación de modo no muy distinto al portugués. Mas no se le ve muy presente en las propuestas y discusiones de los textos. La cuestión no parece que se suscite por los proyectos de Chile, los que introdujeron en el título preliminar mismo la referencia constitucional más generalizada. No parece que el problema allí se discutiera como propio precisamente de la codificación (163). Esta interferencia de constitución no se detecta en este arranque del modelo americano, de este verdadero deuteronomio.

La misma referencia constitucional de la ley, la que se introdujo en el código, no parece ser cosa apreciada entonces por unos críticos de la codificación situados inicialmente más bien, por América como por España, en actitudes todavía menos constitucionales, en posiciones poco comprensivas con cualquier género de constitucionalismo, más proclives también a religión que a código. Así podía decirse respecto al artículo primero del código chileno, el que introducía la conexión entre ley y constitución, y contra esto preci-

---

(162) Alfonso URIBE MISAS (estudio preliminar), *Código Civil de Colombia,* Madrid 1963, con todas las evidencias.

(163) Guillermo FELIU CRUZ (ed.), *La prensa chilena y la codificación, 1822-1878,* Santiago 1966; A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador,* I, pp. 344-360.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

samente: « Las leyes naturales, eclesiásticas y extranjeras no son ciertamente una declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, y queramos o no queramos, estamos sometidos a ellas y debemos respetarlas y cumplirlas. Si fuera de otro modo, inútiles serían las referencias de la ley civil a la equidad natural y al derecho internacional que es la misma ley natural aplicada a las naciones; inútiles serían las referencias del legislador al derecho canónico » (164). Son las resistencias que no nos han interesado en España ni nos van a interesar en América. Nuestro frente es otro.

Es el de la problemática constitucional, el de una interferencia que, porque no se detecte en casos más o menos modélicos, no dejará de producirse expresamente por América frente al programa de la codificación. Lo hace desde luego el mismo problema más sustancial de los derechos. El título argentino era el más negativo para ellos. Los sujetaba a ley del modo más explícito para dar cabida finalmente a cosas incluso como la esclavitud. Fue texto polémico (165). Unos motivos constitucionales no dejaron de enfrentársele. Uno de sus críticos, Juan Bautista Alberdi, opone claramente este género de razones.

Lo hace Alberdi explicando que el código civil es, debe ser, « el cuerpo metódico de leyes que organizan los derechos civiles » de índole constitucional, los reconocidos por la constitución, mirándose para ello ante todo, no a una ciencia jurídica, sino a una experiencia social. Y no es quizá el código la mejor manera. Sin codificación, « los Estados Unidos hacen respetar la propiedad, la persona, la familia, mejor que los países más bien codificados de Sud-América ». A la constitución no le sienta bien un tratamiento de código, esta dieta: « El silencio de la ley es la voz de la libertad »; « cada artículo de más es una libertad de menos », pues « la libertad se presume, la restricción se expresa ». Alberdi también detecta contradicciones, así entre las posiciones de unos publicistas que,

(164) A. L. y V., *Código Civil Chileno. Observaciones críticas,* p. 67, en G. Feliu Cruz (ed.), *La prensa chilena y la codificación,* pp. 66-72, artículo periodístico de 1857.

(165) Jorge Cabral Texo (ed.), *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil Argentino,* Buenos Aires 1920, que no he visto, tomando a continuación citas de segunda mano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como constitucionales, defienden el sistema plural por federal estadounidense y que, como codificadores, propugnan la concentración del derecho por la ley, o así también una contradicción más de fondo: con la codificación viene a quedar « la revolución en la constitución y el antiguo régimen en la legislación civil » (166). Estamos ante la denuncia de la misma esquizofrenia que vimos en el proyecto español de 1869, aquella que fuera luego diagnosticada por Gumersindo de Azcárate y Joaquín Costa.

Alberdi es autor que se explica más. En un *preliminar al Derecho* asume posiciones en las que cabe mal el código por situar precisamente un derecho de libertad por delante de un derecho de ley (167). La reducción de lo primero a lo segundo, este rasgo característico de la codificación, es cosa que denuncia: « Es, pues, cometer una metonimia, es tomar el continente por el contenido, la forma por el fondo, la palabra por el espíritu, el llamar derecho a la legislación, al código » (168). Y Alberdi produjo también unas *bases* del derecho que, por su carácter igualmente constitucional, pueden abundar en la explicación (169).

Como bases para Argentina y para todos los estados latinoamericanos, Alberdi reclama constituciones de libertades, de derechos, y leyes correspondientes a dicho presupuesto. « No basta que la constitución contenga todas las libertades y garantías », sino que se precisa que no permita « ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee ». Por la vía de un desarrollo constitucional tan desvirtuado, las leyes se han convertido en el medio de suspensión ordinaria de la constitución, de enervación regular de los derechos registrados en ella. De hecho,

---

(166) Lecturas del debate que así provocó Alberdi con el responsable material del código, el citado Vélez Sarsfield, diversas a la que ofrezco: V. TAU ANZOATEGUI, *La Codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas,* Buenos Aires 1977, pp. 373-384; A. LEVAGGI, *Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica transcendental sobre la codificación civil argentina,* en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana,* pp. 243-271.

(167) Juan Bautista ALBERDI, *Fragmento preliminar al Estudio del Derecho,* Buenos Aires 1955, que es texto de 1837.

(168) J.B. ALBERDI, *Fragmento preliminar,* p. 182.

(169) J.B. ALBERDI, *Las Bases,* Buenos Aires 1915, texto de 1852.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« las leyes son la regla, la constitución es la excepción » (170). Alberdi no menciona aquí el código, pero explica así la posición. Lo que dice de unas libertades públicas puede extenderse perfectamente a otras privadas, entenderse para toda libertad, con el cuestionamiento consiguiente de la función del código civil y de su título preliminar dentro de un planteamiento constitucional.

Juan Bautista Alberdi volvió por última vez al tema de la codificación en un escrito irónico y desengañado (171). Un personaje de nombre Don Quijote funda entre la Patagonia y la Pampa una comunidad a la que da su nombre, Quijotania, y a la que dota de código, de un código civil, dos cosas ambas esenciales por lo visto para existir. No se anda con chiquitas: « En vez de copiar copias, copiaremos el original mismo del código civil de la creación », actuando así expresamente como un dios. He aquí el comienzo del índice del código: « Primero que todo, la concepción de la ley; es decir, su definición, su promulgación, su alcance, sus efectos; luego, el hombre y la producción de su ser ». Lo primero ya se sabe que es el título preliminar. En este génesis, tampoco viene en primer lugar la creación del hombre. El codificador es un demiurgo que crea la ley y crea al hombre, primero la una y luego el otro, quedando la una por encima del otro, dependiendo la misma producción que se dice del ser humano, su misma existencia y su mismo derecho, de la premisa de la ley. La ironía y el desengaño no añaden nada, pero lo dicen todo.

El codificador es un loco. Lo es Napoleón y lo son todos los Napoleones, el *Napoleón* como los *Napoleónidos*. Es cosa que ya sabemos. Tenemos el diagnóstico. Sufren como mínimo esquizofrenia, insania contagiosa en el caso. Puede transmitirse por la ley, por el mismo código, por la misma obra de tales locos, a todo el mundo del derecho, a todos sus operadores, a todas sus operaciones y a todos sus operados. La duplicidad detectada entre quienes son constitucionalistas y juristas a la vez, pregoneros por una parte de libertad y mamporreros por otra de ley, pueden sufrirla todos.

---

(170) J.B. ALBERDI, *Las Bases,* pp. 244-247.

(171) *Peregrinación de Luz del Día o Viaje y Aventuras de la Verdad en el Nuevo Mundo,* de 1874, que cito por A. LEVAGGI, *Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica transcendental,* pp. 271-272, con otra lectura como he dicho.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Podrán manifestarla otros. El caso de Alberdi, este caso de Argentina, no es desde luego único. Una confrontación parecida respecto al código propio también se documenta en el vecino Uruguay (172). Puede ser cosa más extendida de lo que nos deja ver el estrabismo de una historiografía.

La posición constitucional frente a la codificación tampoco se manifiesta sólo mediante la confrontación. Un jurista mexicano de esta generación que codificó, Isidro Montiel, coopera en una revista titulada *Los derechos del hombre,* interviene en las tareas de codificación de 1870 y produce obras personales como un *Estudio sobre garantías individuales,* otro *sobre los juicios de amparo* y también un *Tratado de las leyes* (173). La profesión del derecho puede obligar a estas combinaciones y mixturas cuando un jurista ejerciente no se limita a la práctica, como es el caso de Montiel (174), pero su obra no sólo es significativa por esto. Tiene interés también respecto a la querella entre constitución y codificación.

El *tratado de las leyes* de Montiel se presenta como un título preliminar de lo más desarrollado, con una estructura de índice en seis partes de este indudable sabor: *De la definición, división y caracteres de la ley, De la formación de la ley, De la promulgación de la ley, De la aplicación de la ley, De los efectos de la ley* y *De la abrogación, derogación y renuncia de la ley.* Mas el contenido no acaba de responder del todo a las expectativas de título e índice. Su terreno es realmente el de los códigos, no limitándose al mexicano; su materia, propiamente, la suya, la que ellos, los códigos, le ofrecen; su visión, por regla general, lo mismo, la que de su colación y

(172) C. Alberto ROCA, *Consideraciones acerca de las fuentes hispánicas de la codificación de Uruguay,* pp. 198-199, en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana,* pp. 189-240, con el inconveniente siempre de lectura, para la segunda mano, de que el historiador tenga simpatía nada inocente con el codificador y antipatía algo culpable para con el crítico.

(173) Isidro MONTIEL DUARTE, *Tratado de las leyes y de su aplicación con arreglo al Código civil del Distrito Federal y de la Baja-California,* México 1877, facsímil México 1978, con presentación de Diego VALADES, pp. V-X, de donde tomo datos. El código de referencia es el primero federal susodicho.

(174) John T. VANCE y Helen L. CLAGETT, *A Guide to the Law and Literature of Mexico,* Washington 1945, índice de autores; Mª R. GONZALEZ, *El derecho civil en México,* pp. 163-165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comparación, la de los códigos, se desprende. La ley está así omnipresente en el tratado igual que campea ella sola en su título. La jurisprudencia y la costumbre en realidad aparecen, pero conforme a esta lógica de ley: la primera, la jurisprudencia, como apartado de la aplicación de la ley, atendiéndose la sujeción, y la segunda, la costumbre, como capítulo de la derogación de la ley, exponiéndose la exclusión. Pero, como digo, esto no es todo. En las entrañas de este tratado hay más cosas. Hay cuerpos extraños.

Comienza por contener referencias constitucionales nada superfluas, que procuran definir extremos con antelación al tratamiento de los códigos, introduciéndose así los derechos. Esto crea desajustes, que no dejan de consignarse porque a continuación se resuelvan a favor de la codificación. Este método no se abandona cuando se llega a las fuentes, a otras fuentes distintas y en particular a la costumbre (175). Ya hemos dicho cómo aparece, por razón del peligro que representa para la vigencia de la ley y no desde otra perspectiva ni por ninguna otra cuestión, y cómo su capítulo se resuelve, excluyéndosele como fuente en conformidad con la codificación. Pero entre aparición y resolución algo más se dice. « Si no nos hubiéramos propuesto limitar nuestra tarea al simple oficio de expositores, entraríamos en la cuestión de si es o no conveniente dar fuerza de ley a la costumbre », pues no es cuestión que acabe de verse clara. Montiel, por su oficio de expositor, por su profesión de derecho, no entra así en ella, mas se permite todavía un par de observaciones.

La primera observación es la de que el criterio de los códigos no es tan inequívoco, pues algunos, comenzándose por el prototipo napoleónico, guardan silencio y además existe uno, « el de la Luisiana », que adopta posición favorable a la costumbre. La segunda observación es la siguiente: « Se comprende que el sistema que sobre este punto deba seguirse en un país democrático, no es ni puede ser nunca el mismo que se siga en otro regido por el absolutismo », entendiendo que esto, el absolutismo, es el rechazo de la costumbre y que aquello, la democracia, si ha de ser lo

(175) I. Montiel Duarte, *Tratado de las leyes,* pp. 430-431, en capítulo *De la costumbre,* que es el segundo entre cuatro que forman el último apartado, el de la abrogación, derogación y renuncia de la ley.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrario, resulta la aceptación de esta fuente. No dice más, pero no es poco.

Hemos recibido un par de indicaciones que conviene no echar en saco roto. Por una parte, una posición crítica del código no sólo concibe la posibilidad de un sistema constitucional sin codificación, sino que identifica también una experiencia de esta índole: la de los Estados Unidos de América, de la misma América. Juan Bautista Alberdi en concreto nos lo ha dicho, pero es una advertencia común por estos círculos más constitucionales y no sólo por los americanos. También en España podía ponerse de manifiesto el contraste, respecto al caso propio, de unas latitudes constitucionales, incluso las más constitucionales conocidas, que no consideraban la codificación como un elemento del constitucionalismo. La misma peculiaridad del caso portugués, por su atención precisamente a los derechos, puede atribuirse a un influjo anglosajón, inglés además de norteamericano, el cual no enseña a hacer código, pero sirve para hacer derecho, lo que para estas posiciones sería primero (176). Constitución sin código, derecho constitucional sin codificación, era algo que así existía y se conocía tanto en Europa como en América.

La segunda indicación también nos conduce a los Estados Unidos dichos, a un estado en particular, Luisiana, del que en cambio se nos notifica que tiene código y un código además tan significado que admite la costumbre como fuente. No es tampoco la primera noticia. Ya la tuvimos por los textos que Saint Joseph, sus traductores castellanos, concordaban con el *Código Napoleón,* de donde pudo pasar a otras obras de concordancias, comenzándose como vimos por la española de 1852, la del proyecto del año anterior. Se ha advertido su singularidad de admisión de la costumbre, así como que no es un ejemplo realmente seguido. Mas el caso puede ser significativo para lo que estamos tocando, para la problemática constitucional planteada por la codificación o más bien por quienes se resistían a ella desde una posición constitucionalista.

---

(176) P. DE LA ESCOSURA, *Prológo del traductor* citado al *Código Civil Portugués,* a su primera traducción como sabemos, pp. XXIV y XXIX-XXXI, cuya indicación seguirían, con más o menos simpatía, otros introductores y comentaristas. Como pudo detectarse por la inspiración de fondo de toda la empresa de Alejo García Moreno, la anglofilia jurídica era común en los sectores más constitucionales.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Luisiana es colonia latina que deviene estado de los Estados Unidos, lo que será también el caso de otros territorios como Florida, Texas, Nuevo México, Arizona o la alta California. La América que nos importa ya sabemos que va de Oregón a Patagonia. En la parte finalmente estadounidense, Luisiana codifica y lo hace autónoma y tempranamente. Está en ello desde 1808, con una compilación de forma francesa y fondo castellano que ya tiene estilo y pretende alcanzar autoridad de código. En 1825 promulga uno en toda regla, título preliminar incluído. En lo que aquí nos importa, era un cuerpo legislativo que se afirmaba como tal, situando categóricamente a la ley por encima de otras fuentes. Admitía efectivamente de un modo expreso la costumbre como fuente, pero no hasta el punto de permitir la derogación de la ley por el desuso. Y ya vimos que este código tampoco admite excusa de la ley por ignorancia, costumbre por esta vía de desentendimiento (177).

A falta de ley, este código de 1825 admitía también jurisprudencia mediante la fórmula de remisión a equidad, derecho natural, razón y, en último término ahora, costumbre. Pero el título preliminar del código no tiene la misma fuerza que en otras latitudes. Choca precisamente con una jurisprudencia que, desde 1808, desde el primer intento, hace por valerse como fuente y se encontrará para ello en un medio favorable que no será el estatal, sino el federal. Unas leyes complementarias propias ratificarán y reforzarán en 1828 la posición del código en particular y de la ley en general, pero la jurisprudencia, aun con esta sujeción y frente a su misma insistencia, no abandona un estilo de interpretar, no el derecho conforme a la ley, sino la ley conforme al derecho, pudiendo mantener y desenvolver principios propios no sólo complementarios o supletorios, sino también intelectivos e incluso directivos respecto a la ley lo mismo que respecto a otras fuentes, como así a la costumbre (178). Un federalismo lo permite e incluso lo fomenta.

Es la constitución o más bien, por el federalismo, las constitu-

(177) A. Guzman Brito, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles,* p. 238.

(178) Richard Holcombe Kilbourne, *A History of the Louisiana Civil Code: The Formative Years, 1803-1839,* Clinton 1987, atento a fuentes y en particular a jurisprudencia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciones el elemento dirigente común. Puede serlo su predicado de derechos, pues en cuanto a fuentes la constitución particular de Luisiana también tiende, como el código, a reforzar la posición de la ley. El medio federal es el que efectivamente favorece la resistencia de otras fuentes al asalto de la ley sobre el derecho (179), el que particularmente no permite cancelación de jurisprudencia como tampoco de costumbre (180). En los Estados Unidos, a mediados del siglo XIX, hubo también un movimiento importante por la codificación, el cual cosechó, sobre todo en lo que interesa a las fuentes, a la posición del derecho bajo el poder de la ley, más popularidad que éxito. En su sentido estricto de sistema de ley como fuente única, la codificación no encontraba cabida en el orden constitucional de esta federación por mucho predicamento que la misma ley parlamentaria pudiera alcanzar frente a una costumbre de carácter multinacional, de esta condición plural, y frente a una jurisprudencia de signo a su vez tradicionalista por cuanto que tendía a mantener y recuperar derecho inglés, *common law* (181).

Una estructura federal, un federalismo efectivo, ya impedía el sometimiento de unos derechos, de estos principios constitucionales suyos, a fuente única. Eran, podían ser los derechos, constitución de constituciones, fuente de fuentes (182). El mismo movimiento codificador pudo definitivamente frustrarse por la reafirmación de los derechos como constitución, en esta posición y con este valor (183). En estos concretos Estados Unidos de América, podrán darse códigos, pero no, con su concepto de base del derecho, con sus

---

(179) David J. LANGUM, *Law and Community on the Mexican California Frontier: Anglo-american expatriates and the clash of legal tradition, 1821-1846,* Norman 1987.

(180) Morris D. FORKOSCH, *Custom in American Law,* en *Recueils de la Société Jean Bodin,* 54, *La coutume. Le monde contemporaine,* 1989, pp. 101-132.

(181) Charles M. COOK, *The American Codification Movement: A Study of Antebellum Law Reform,* Westport 1981; David S. CLARK, *The Civil Law Influence on David Dudley Field's Code of Civil Procedure,* pp. 66-75, en Mathias REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920,* Berlín 1993, pp. 63-87.

(182) J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution,* I, *The Authority of Rights,* Madison 1986.

(183) Akhil Reed AMAR, *The Bill of Rights as a Constitution,* en *The Yale Law Journal,* 100, 1991, pp. 1131-1210.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

títulos preliminares cumplidos e imperantes, codificación (184). La excepción, de haberla, es la vista de Puerto Rico, no tanto por incorporarse tardíamente, sino por no integrarse federalmente como estado. La regla en este medio no la constituye la codificación. En Canadá, dentro de la confederación de 1867, un caso similar al de Luisiana pudo también darse con el código civil de Quebec, de 1866 (185).

La regla es cosa que no sólo existe y opera, sino que también se capta y arguye. El debate estadounidense sobre la codificación no deja de incidir en la materia de fuentes. Posiciones como la de Joaquín Costa podrán aquí resultar no sólo pensables, sino también viables. Hay una literatura anglosajona frontalmente anticodificadora que pudo conocerse en América Latina transmitiéndose la noticia a España. Existen unos savignies de cultura constitucional (186). Interesan con esto por sí mismos. Así por ejemplo tenemos a James Coolidge Carter, jurista de Nueva York, estado que era foco del movimiento codificador, quien se enfrenta a la *Proposed Codification of Our Common Law,* a la codificación propuesta de nuestro derecho común, el de tradición inglesa, y lo hace desde tales posiciones (187). Las expone.

Expone así que el código, su idea, su programa, tiene un *despotic origin,* un origen despótico, propio de países *in which despotic power, absolute or qualified, is, or has been, predominant,* en los que un poder de tal clase, absoluto o casi, predomina o ha

---

(184) Carlos PETIT, « *A Contributor to the Method of Investigation* ». *Sobre la fortuna de Gény en América,* pp. 213-215 y 223-225, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 20, 1991, pp. 201-269.

(185) Pierre LEGRAND Jr., *Civil Law Codification in Quebec: A Case of Decivilianization,* en *Zeitschirft für Europäisches Privatrecht,* 3, 1993, pp. 574-591.

(186) Luís A. VERGARA, *Ventajas e inconvenientes de la codificación del Derecho. Criterio que ha prevalecido y plan seguido en la redacción del Código de procedimiento civil chileno,* en *Revista de Legislación Universal y de Jurisprudencia Española,* 2, 1903, pp. 33-37, con una referencia inicial a « notables autores » que « han impugnado la codificación »: « Savigny y Walter, Cooper y Park ». Ya hemos visto la importancia de la empresa a la que pertenece esta revista para una comunicación jurídica entre Europa y América que no sería así de sentido único.

(187) James Coolidge CARTER, *The Proposed Codification of Our Common Law,* 1884, que cito por Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy,* New York 1992, pp. 117-123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

predominado, mientras que los países libres, por considerar que el derecho procede del pueblo, no lo reducen ni controlan de tal forma. Admiten éstos otros en cambio la costumbre como fuente autónoma y con ello también potencian el papel de la jurisprudencia en el propio terreno de las fuentes sin confiar exclusivamente a la legislación la misma apreciación y declaración de un derecho consuetudinario. Es una experiencia social y son unas aspiraciones sociales que se manifiestan a través de todos estos cauces y no por uno solo en exclusiva.

Con todo finalmente resulta que puede haber incompatibilidad entre código y constitución, que lo mismo que el primero tiende a la unidad de ley, la segunda lo hace a la pluralidad de fuentes. Que esto se advierta más difícilmente por otras latitudes, tiene que ver con el hecho de que la misma constitución opera por ellas como un primer código que sujeta derechos a leyes, cuestión esencial para el espejismo constitucional de la codificación. Ocurría en España en el tiempo en que se codifica y ocurre igualmente por Latinoamérica. Pero ya vemos que en ningún sitio parece que falte quien sepa detectarlo y acusarlo. Joaquines Costas no sólo hay en España afortunadamente.

> Constituye (la presunción de conocimiento de la ley) un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia.
>
> Joaquín Costa, 1901

13. Visitada también América y antes de despedirnos, lector o lectora amigos, extraigamos juntos conclusiones. Tengo y propongo una, aunque nada original. El rey, aquel rey que primero fue cónsul, luego emperador, más tarde incluso república y siempre estado, el legislador soberano que se nos ha dicho, este rey ha quedado no sólo desnudo, sino inconsciente además de estarlo, en aquel estado de autismo absoluto, de absolutismo autista, que Joaquín Costa diagnosticaba y advertía. Oigamos su grito. Es la voz ingenua que, como en el cuento, denuncia desnudez e inconsciencia. El rey está desnudo y no lo sabe. De nosotros, público incrédulo, habla la fábula. Nos la han relatado más veces y no sólo en Europa, sino también en América. ¿Quién la escucha?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ha vuelto a contarse recientemente entre nosotros pareciendo que no se atiende. Me refiero al discurso doctoral de Paolo Grossi, de 1991, en la Universidad Autómona de Barcelona sobre el *absolutismo jurídico* aplicado a la codificación (188), el mismo achaque de absolutismo que delatara Costa y al que llegaran otros por sí mismos. También por América ha aparecido, y en medios precisamente constitucionales, el concepto e incluso el término de absolutismo para calificar la posición del código respecto a fuentes, para descalificarla. No es un veredicto nuevo, pero vuelve a ser emitido porque sigue el delito produciéndose, reproduciéndose. Puedo atestiguar que la recuperación del juicio por parte de Paolo Grossi fue recibida entre la perplejidad y el escepticismo de una primera audiencia de juristas, de quienes, por serlo, saben de sobra que el *Código Napoleón* es un producto final de algo tan jurídico, con sus declaraciones de derechos y sus constituciones, como la revolución francesa, y a quienes, por una educación española, tampoco se les escapa que gente tan ilusa como Joaquín Costa resultan cualquier cosa menos demócratas.

Desnudo e inconsciente no anda solo *Napoleón*, sino toda una estirpe de *Napoleónidos.* Locos andaban, andábamos, todos cuantos pertenecemos a progenie tan endógena. Tampoco nos asustemos. *Napoleón* es texto. *Napoleónidos* son textos. ¿Qué hacemos? No es cosa de vestir al desnudo ni tampoco parece que de enterrar a los muertos. Estos textos, desnudos e inconscientes, no están avergonzados y siguen además vivos. Están, eso sí, como en suspenso. Están, estamos, suspendidos. Es la calificación final, la descalificación definitiva, que merecemos y que por fin en la cara recibimos. Somos nosotros los descalificados.

El constitucionalismo codificador, aquel que se dobla en codificación, resulta que es absolutismo, su especie más refinada. Lo es el sistema de unidad de fuente en la ley o de una pluralidad determinada únicamente por esta fuente, por su admisión concesiva

---

(188) P. Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX,* Barcelona 1991; texto original en *Rivista di Storia del Diritto Italiano,* 64, 1991, pp. 5-17; versiones alemanas en las *Tübinger Universitätsreden. Reihe der Juristischen Fakultät,* 3, 1992, y en *Rättshistoriska Studier,* 19, *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit,* 1993; inglesa en los *Italian Studies in Law. A Review of Legal Problems,* 2, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y controlada de otras, unidad también en suma. Conteniendo lo primero, inventándolo realmente, el *Titre préliminaire* del *Code Napoléon,* el *Título preliminar* del *Código Napoleón,* representa la construcción más jurídica del poder más absoluto que se haya dado en la historia. Esto representan todos los *Códigos Napoleónidos,* toda nuestra estirpe. Mido mis palabras, los adjetivos como los sustantivos. Digo construcción más jurídica y poder más absoluto.

Es un *titre*, es un título, en el que se encierra esta especie de constitución, la que identifica el derecho con la ley, la que otorga en exclusiva a la ley el poder de identificar el derecho, poder constituyente del derecho mismo. El título preliminar del código civil es más que código y más así que constitución. Y lo es de modo que no casa con los principios y las formas constitucionales, con sus derechos y sus procedimientos. Suele reconocerse un valor constitucional del código por otro orden menos discordante de razones, porque constituiría una esfera garantizada de libertad y autonomía privadas (189), pero esto queda en un segundo plano para el mismo título preliminar, para este capítulo fundamental, que pone ley sobre libertad. Esto es la costitución para el código, para el sistema jurídico que así se funda.

Estamos ante una concepción y una práctica jurídicas que, por pertenecer a época constitucional y por ser constitucional materialmente, sólo por esto, no van a serlo formalmente, esto es, para el derecho mismo, realmente. Que codificación con título de fuentes pueda seguir entendiéndose como expresión paradigmática o al menos emblemática de constitución, que pueda todavía pensarse que hay vinculación necesaria o al menos conveniente entre una cosa y la otra, entre codificación y constitución (190), sólo significa que nos hemos instalado y nos sentimos cómodos en el universo napoleónico del derecho, en esta forma que se nos ha dicho de tiranía.

---

(189) Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali,* Turín 1993, p. 133.

(190) B. CLAVERO, *Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica),* en C. PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa,* Madrid 1990, pp. 52-85. Dado que, concluyendo, retorno a cuestiones que he tratado y debatido en anteriores ocasiones, sigo sirviéndome de remisiones propias para evitar repetirme y para ahorrar también referencias.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Las cosas son comprensibles. Pueden serlo. Puede comenzar por no extrañar, por no tener por qué hacerlo, que en tiempos preconstitucionales, en la España de los años en los que en Francia se promulgaba el *Code Napoléon*, el título de fuentes no tuviera una mala acogida por estos otros lares. El código francés realmente es un producto postrevolucionario, vástago de la revolución en el sentido de ser imposible antes y factible sólo después. Pero no fue efecto inmediato. La cultura jurídica tradicional de pluralidad de fuentes, desde la jurisprudencia letrada a la costumbre rústica, conspiraba fuertemente contra la ocurrencia reduccionista. Ni siquiera en el mismo caso de Francia fue fácil llegar a este concepto de identificación entre derecho y ley ni mucho menos aún resultó fácil establecerlo (191).

Tras revolución y todo, ya costó allí, en la propia Francia, llegar a la misma concepción más sencilla, por más absolutista, del *Titre préliminaire* del *Code Napoléon* (192). Y costó imponerla tras una revolución que había comenzado por reconocer la premisa de los derechos y que ahora se resolvía en el establecimiento de un orden jurídico bajo principio de ley y no de derecho en tal sentido (193). Tuvo que batirse todavía con fuertes resistencia en su mismo medio (194). Su propia táctica de silencio, su presunción suma de ley que hace abstracción de otras fuentes, hubo de responder a la constancia de estas mismas dificultades. El *Code Napoléon* ignoró como fuente no sólo una costumbre que seguirá resistiéndosele (195), sino también una jurisprudencia que ya estaba poniéndose en

---

(191) J.G. Locre, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion,* París 1807-1814, I, pp. 155-236; P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux preparatoires du Code Civil,* París 1827 (reprint 1968), I, *Titre préliminaire*.

(192) Jean Louis Halperin, *L'impossible Code Civil,* París 1992.

(193) André Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La régle du jeu dans la paix bourgeoise,* París 1973.

(194) Eugene Weber, *Da contadini a francesi. La modernizzazione della Francia rurale, 1870-1914,* Bolonia 1989, traducción que tengo a mano.

(195) Louis Assier Andrieu, *Le peuple et le loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française,* París 1987. Y una sociología de época que interesa más a Francia: Frédéric Le Play, *Campesinos y pescadores del norte de España,* ed. José Sierra Alvarez, Madrid 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cambio a su servicio (196). Son cosas que, como fuentes, ni menciona. La justicia sólo se considera como aplicación pura de ley. La costumbre se nombra solamente para calificarse como buena la que concuerda con ley. A ésta así se reducen. El prototipo prefirió el silencio sobre otras fuentes para que su voz de fuente única no encontrase la interferencia ni siquiera del propio eco.

Como luz de fuente única, pudo irradiar hacia el exterior, lo que aquí nos interesa. Producida una idea luminosa por simple, ya puede encandilar. Lo hizo en España en época preconstitucional. Un poder de ley que dentro de la pluralidad de fuentes, entre jurisprudencia letrada en un extremo y costumbre rústica en el otro, buscaba afirmar su posición, no vería con malos ojos unas proposiciones tan sencillas acerca de su capacidad, una capacidad aquí, en dicha España, no constituyente, pero al menos, para el intento, dirigente. Porque el *Código Napoleón,* título preliminar inclusive, fuera entonces, en época preconstitucional, inviable, porque la primera versión española lo resultase, no se perdía por ello su virtud de revelación de la ley como fuente, una fuente aquí, en tal España, no única, pero al menos, para sus deseos, principal. La recepción, aquella primera introducción, no olvidemos que fue oficial.

Creadas aquí también unas condiciones de tipo constitucional, tampoco extrañará la deriva de unos proyectos, su empeño por comenzar a añadir puntualizaciones que revelan ante todo inseguridad, una falta de confianza de la ley en sí misma. Que la ley no se invalida por costumbre. Que su ignorancia no es excusa. Eran cosas entendidas en el *Código Napoleón,* el modelo genuino, señor de sus silencios, y cuya declaración explícita se piensa necesaria por unos secuaces, siervos de sus proclamaciones. El poder de imponer la ley por virtud exclusiva de su promulgación y frente a viento y marea de costumbres contrarias y jurisprudencias resistentes estaba ya declarado. Con los añadidos superfluos, lo que se nos dice, lo que de hecho se reconoce, es que había leyes ignoradas por costumbres arraigadas y por doctrinas conservadas, que un derecho existía fuera del que la ley identificaba y fuera incluso de su alcance, de sus

(196) J.L. HALPERIN, *Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa*, en C. PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa,* pp. 133-156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mismas posibilidades, de su propio poder, de su presunción en suma.

La propia ley temía y no podía dejar de temer a lo que ella calificaba de ignorancia del derecho, a lo que ella así expulsaba del universo jurídico. Dicho de otro modo, aquellas mejoras del modelo, del prototipo, revelan por parte de la misma ley una conciencia de que la sociedad no es receptiva a ella, de que así ésta, la ley, puede que constituyera un puro ejercicio de poder sobre aquélla, sobre la sociedad. Era una constancia que ni siquiera escapaba al *Code Napoléon,* al caso original, pese a su aparente impasibilidad.

El miedo fundamental parece ser a la costumbre. « ¿Puede darse un axioma más pernicioso? » que el de su consideración como fuente, vimos que se preguntaba el primer codificador español, el de 1821. La respuesta negativa estaba clara desde el inicio. La costumbre sería la fuente más nefanda. Y no es para menos. Constituye un derecho de hecho frente al derecho de ley que el código encarna. Deja por sí misma en evidencia el autismo de unas presunciones. Es un miedo el del código a la costumbre que en España finalmente hemos visto que se pierde, pero por disposición de ley y sin abandonarse su concepto más contrario, tal parece ser su fuerza, tal es siempre su presunción. La defensa de la costumbre aquí también seguirá siendo, por sí misma y por sus voceros, ataque al código, como la viceversa. Defender código y atacar costumbre podrá ser, podrá seguir siendo, una misma cosa (197). Es mérito real del primero, del código, que la problemática constitucional de la segunda, de la costumbre, como fuente genuinamente democrática, esté hoy tan perdida como para no vérsele ni en las raras ocasiones en las que se le mira (198).

La jurisprudencia tampoco consigue afirmarse como fuente ni porque unos principios constitucionales de prevalencia de los dere-

---

(197) Antonio GORDILLO, *La costumbre: ¿fuente autónoma del Derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del Derecho en el Código civil español,* en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 21, 1992, pp. 387-523.

(198) Mercedes CARRERA, *Las fuentes del derecho y la Constitución: la costumbre,* en Gemma FAJARDO (ed.), *Las fuentes efectivas del Derecho español tras la Constitución de 1978,* Alzira 1992, pp. 207-219.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chos sobre la ley puedan estar requiriéndolo ni aunque, en virtud de ello, surja una especializada, la jurisprudencia constitucional, superponiéndose en efecto a ley (199). Es todavía y es siempre el peso del código. El título preliminar del *Napoléon,* este modelo de modelos, había sentado sabiamente el canon de un ninguneo, de ignorar la costumbre, de no nombrarla siquiera como fuente que pudiera contraponérsele, convirtiendo en delincuente al juez que la mirara, cegando la fuente y cegando a la justicia para cualquier otra cosa que no fuera la ley. Otros códigos comenzaron a mencionar la costumbre para asegurarse precisamente de su inexistencia o de una existencia que, del mismo modo que la jurisprudencia, sólo de la ley recibiera ya vida. Andaban con esta inseguridad sobre todo respecto a ella, a la fuente más indomeñable, la costumbre. El empeño más constante es el de su negación como fuente del derecho independiente y autónoma, con su propia vitalidad, con existencia no vicaria.

El mismo código que, por establecer una premisa de derechos, pudiera haberse replanteado las cosas respecto a esa libertad que es la costumbre no sujeta a ley, opta por el silencio. Me refiero al portugués. Se entiende que su campo y por tanto su premisa son de derecho privado, de derecho que así se tiene por individual. No alcanza a este extremo de libertad de costumbres, a esta traducción social que interesa a las fuentes y afecta a la ley. Reconocimiento de derechos como libertades y reconocimiento de la costumbre como fuente son cosas que pueden guardar relación, pero que se desconectaron. En el caso español, la admisión final de la costumbre tampoco es que se produjera por consideración a derechos, aunque los mismos derechos pudieran aquí defenderse sintomáticamente mejor en el campo del fuero, con su impronta consuetudinaria, que en el del código, con su tara legislativa (200).

La ley, por mucho que lo presumiera, no lo cubría todo. La eventualidad ha de llegar a preverse. Para la falta de ley, el código portugués, porque reconozca derechos, no prevé expedientes muy

---

(199) Félix M. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?,* Valladolid 1992.

(200) B. CLAVERO, *Formación doctrinal contemporánea del derecho catalán de sucesiones: La primogenitura de la libertad,* en autores varios, *La reforma de la Compilació: El sistema successori,* Barcelona 1985, pp. 9-37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distintos a los de otros códigos que hacen la previsión. Da entrada a la interpretación de la misma ley, « analogía con casos previstos en otras leyes », y se la da a unos principios, « los principios del derecho natural conforme a las circunstancias del caso ». Resulta, como en otros códigos, un mecanismo de bloqueo de la costumbre, de cierre de esta libertad. Así de hecho lo que se hace es abrir entrada a la jurisprudencia, a una doctrina judicial, y cerrársela a la costumbre, a esta libertad.

La primera, la jurisprudencia, puede sujetarse a ley de forma que no cabe con la segunda, con la costumbre, aunque el mismo *Código Napoleón* no dejara de intentarlo con su categoría de « buenas costumbres » que inspiran las leyes y se acomodan a ellas. La jurisprudencia puede servirle mejor. Desde momento temprano se ha admitido la presencia distinta de este otro elemento, de la jurisprudencia, con el riesgo inclusive de que se sobreordenase a ley por tener sus principios, su doctrina. No es cosa que se rechace. Su misma entrada suele producirse por esta vía precisamente de principios que, por serlo, no pueden reducirse a una función supletoria.

Es la jurisprudencia quien concreta. Por ella se determinan unos principios dichos de derecho natural o generales del derecho sin más. Ella conoce también, conforme a principios, unas buenas costumbres. Ella identifica. Lo hace ya con los derechos individuales conforme al mismo código en el caso del portugués o de conformidad con la constitución en otros casos, ya también, como podrá fácilmente ocurrir una vez que no se específica de este modo por este artículo de fuentes en el mismo caso de Portugal, con una idea menos constitucional o más arcaica del derecho natural, dejándose perder en su caso la singularidad (201). Puede resultar al final *Napoleónido* hasta el código portugués.

En todo caso ha solido entrar de hecho, más o menos reconocible, no la costumbre, sino la jurisprudencia. Respecto a ambas, en cuanto que fuentes, la pauta del prototipo era el silencio, con aquel anatema del juez que no se ajustase a ley, pero la jurisprudencia,

(201) José Dias FERREIRA, *Codigo Civil Portuguez annotado,* Coimbra 1894, I, pp. 5-26, como mera indicación, pues es tema que precisa estudio propio y que aquí sólo nos ha importado por recepción ajena. El nuevo código civil portugués, de 1966, tiene título primero *Das leis, sua interpretaçâo e aplicaçâo.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como haberla hayla incluso bajo este sistema como el comentarista del proyecto de 1851 ya asumía perfectamente, esta fuente acaba asomando cabeza y aún alcanzando un reconocimiento de este carácter poco franco que quiere siempre asegurar su sujeción a ley. La fórmula de « los principios generales del derecho » que acaba adoptando también el código español sigue siendo entrada a la jurisprudencia, más inmediata a la judicial, más mediata a la doctrinal.

En lo que respecta en particular a la jurisprudencia, puede estar a estas alturas profesionalizada una justicia y organizada una universidad como dependencias estatales. Ahí se forman unos principios; así se fraguan (202). Entre la formación universitaria y la profesión judicial, entre estas funciones estatales cuando no más llanamente políticas, el código puede confiar en que unos tales principios, por serlo, por reconocerse, no van a invalidar el imperio de la ley, el principio primero. Puede explicarse esta extraña ubicación final de lo que se dicen principios y además generales. Tampoco tiene por qué extrañar.

La ley no está finalmente sola como en el modelo primigenio, como en el prototipo. Otras fuentes parece que finalmente la acompañan. Mas no nos engañemos. Por esta vía, por la senda napoleónica, nunca llegamos a un sistema de pluralidad de fuentes, a una corrección de la unidad, a una rectificación del absolutismo de la ley. No es éste el punto en el que hemos desembocado. Son cosas muy distintas un sistema de pluralidad de fuentes y un régimen de previsiones supletorias. En éste, la fuente que dirige y rige el sistema sigue siempre siendo la ley. El derecho sigue a disposición suya. Lo están las otras presuntas fuentes. No las hay realmente ni en rigor caben. El sistema sigue en realidad siempre siendo de fuente única con un despliegue de elementos complementarios más o menos controlado de hecho, pero siempre así bajo un control de derecho que es control de ley. No cabe una decodificación de fuentes, una superación de la codificación a partir de ella misma. Luego tendremos comprobaciones.

---

(202) B. CLAVERO, *Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho,* en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 21, 1992, pp. 37-87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El establecimiento de un sistema que pone en manos de la ley este poder sobre el derecho, que así le entrega los derechos, no ha sido fácil en ningún sitio, pero nadie lo diría a la luz de la historiografía. Tampoco hay por qué extrañarse. La historia del derecho que se cifra en la codificación no sólo es producto suyo, de la codificación misma, sino también y antes elemento de la propia imposición, agente suyo. En esta historiografía no tenemos ciencia histórica, sino cultura jurídica o más bien política, de un componente del mismo fenómeno codificador. No es el único factor importante para la imposición del título preliminar sin necesidad de figurar en su articulado. Hemos tenido testimonios. No vamos ahora a extrañarnos de que nuestro mismo asunto de los problemas constitucionales que la codificación enfrenta y arrumba no hayan estado en la agenda de una historia jurídica.

¿Y qué decir de América, de esa vena abierta de sus códigos? Todo lo dicho le casa y algunas cosas en superior medida. Hemos tenido hasta una réplica del caso portugués por el caso colombiano. La frustración constitucional es compartida. Y lo es sobre todo el planteamiento del código que prescinde de constitución, que no frustra porque defrauda, que no llega a frustar porque antes defrauda. El modelo americano, el chileno, resultó un verdadero deuterotipo. Si remodelaba piezas del prototipo, y no se limitaba a colocar algún que otro accesorio, era por obtener unas mismas prestaciones en un medio diferente por más adverso. Un modelo americano de concepción propia no existe. El concepto del derecho, como su lengua, era de importación y lo era a propósito, por intentar no verse y pretender cegarse realidades propias. Se quería la apropiación de una historia, la adopción de un modelo. No habrá para América conclusiones diversas que para Europa, pero hubo consecuencias más serias.

Con mayor razón puede decirse que el código no es en América el derecho, que no lo representa finalmente por su negativa a reconocer la existencia real de cosas como la costumbre, aquí más presente y aquí mas negada (203), pero con la mismísima razón puede añadirse que el código, su título preliminar, es también acá el

(203) Rodolfo STAVENGAHEN y Diego ITURRALDE (eds.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina,* México 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho sobre el derecho, sobre constitución inclusive. Es la norma que confiere poder de disposición del derecho, del derecho todo, del derecho de todos y de todos los derechos. Es este principio, no de derecho, sino de poder sobre el mismo. Algún código, como el argentino, ha creído preciso detallarlo. Y más lo reafirma ulteriormente la historiografía propia. Que la beligerancia de una historia del derecho a favor de la codificación sea por aquí todavía del máximo grado (204), no es un fenómeno ajeno al mismo empeño de mantenimiento de dicho poder, de imposición de esta cultura. La cuestión en América no es distinta que en Europa, pero resulta agravada.

Mas tenemos en América una excepción a nuestras conclusiones, a todas y a cada una de ellas, ya al terror pánico de la costumbre, ya a la confianza solapada en la jurisprudencia, ya al apoderamiento de la ley sobre el derecho, ya incluso al servicio rendido al código por parte de la historiografía. Se trata de Luisiana o en general de los Estados Unidos. Parece que el título preliminar no siempre produce un mismo resultado, que no se convierte necesariamente en constitución, en la constitución sobre la constitución. Faltando esto, fallan todas las secuelas.

El código no despliega tal efecto, no consigue entronizar la ley como fuente única, o ni siquiera como fuente de fuentes, cuando existe un contexto precisamente constitucional, propiamente tal, esto es, cuando hay un sistema de pluralidad de fuentes por consi-

---

(204) Hemos podido detectarlo al recurrir a la segunda mano. La piedra de toque puede ser la crítica de Alberdi a Vélez Sarsfield, al código argentino, que hemos visto. El ambiente historiográfico negativo para el primero resulta tal que Alberto ROCA, en lugar citado, puede acabar tranquilamente hablando de « las majaderías de Alberdi respecto a Vélez Sarsfield », con la disolución consiguiente de la posición constitucional que aquí nos importa. El tratamiento de Joaquín Costa, piedra de toque equivalente, por parte de la historiografía española de la codificación, puede ir, con algunos momentos incluso de aprecio, de la ignorancia a la descalificación, moviéndose también regularmente en el medio de dicha disolución constitucional que es lo propio del código, mas el sesgo es éste, el del objeto, sin mayor pronunciamiento por lo general, como cabe igualmente ver en la manualística. Pero el planteamiento militante más sesgado respecto a la codificación de ámbito hispano ya hemos visto que no se produce ni en España ni en América, sino en Italia, y tampoco propiamente en terreno de historia del derecho, sino en escuela de derecho romano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deración de derechos (205). Cuáles fueran estos derechos o dejasen de serlo es cosa importantísima, pero no para este punto. Luisiana tiene el código que más francamente admite la esclavitud, más aún que el argentino, aunque no lo haga en sede de título preliminar, sino en el libro de personas, de modo así más eficiente; pero también es el caso del código que no puede escapar a un contexto constitucional de derechos, bien que socialmente todavía más restringidos de lo que la misma existencia de esclavitud implica (206). El propio derecho de personas del código de Luisiana es un dechado de discriminaciones. Pero existir, los derechos, unos derechos por encima de ley, existían y así con ellos existía la conveniencia e incluso la necesidad de costumbre y de jurisprudencia como fuentes autónomas.

El contexto federal, siendo constitucional, rige para la posición de unos derechos por encima de unas fuentes y para la determinación de su propio alcance. La admisión expresa de la costumbre como fuente por el título preliminar del código de Luisiana implica potencialmente el reconocimiento de la autonomía del derecho indígena, pero esto se neutraliza por un orden constitucional, el federal, de discriminación étnica (207). Existiendo un constitucionalismo, no reduciéndose la constitución a un código entre otros, el título preliminar del civil no resulta la norma que cubre esta función realmente constitucional de identificación y ordenación de fuentes. Para casos como el de Luisiana no basta con mirar al código. El derecho no se encierra entonces de este modo. El federalismo lo impide.

El sistema federal, con su variedad de estados, podía estorbar la codificación estricta por el pluralismo consiguiente de una fuente, de la fuente única para la codificación genuina, de la ley, pero no es por esto por lo que exactamente la impedía. Hemos visto codificar a estados latinoamericanos de este carácter federal sin dificultades

---

(205) B. Clavero, *Derecho débil (Manifiesto sencillamente federal),* por publicarse en *Revista Española de Derecho Constitucional* y, versión resumida italiana, en *Filosofia Politica.*

(206) Jack P. Greene (ed.), *The American Revolution: Its Character and Limits,* Nueva York 1987.

(207) R.A. Williams, *The American Indian in Western Legal Thought,* pp. 287-323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finalmente excesivas o sin que parezca que el federalismo fuera en su caso realmente el problema. El obstáculo proviene de un presupuesto de pluralidad mayor, aquel que implica un reconocimiento de derechos que se sustenta y mantiene con el propio federalismo. Si no es el caso, no hay problema constitucional para la codificación. Siéndolo, existe. Es caldo de cultivo de una pluralidad de fuentes, más que pluralidad de una fuente, de signo indudablemente constitucional.

El caso suizo nos ha ofrecido un ejemplo de codificación factible, con título preliminar y todo, en un medio federal, habiendo debido con ello sacrificar los propios principios de arranque más legalistas (208). El caso alemán no resulta tan significativo a unos efectos constitucionales (209), aunque también, por federal, era ejemplo (210). El mismo caso español no es que fuera tan distinto, aunque su desenlace resulte más confuso. A partir de unas bases materialmente federales, pero formalmente no reconocidas (211), ha intentado embarcarse en el modelo más clásico para desembocar en el más barroco. La diferencia de fondo está, no en la estructura federal, no en esta constitución, sino en el tejido jurídico, en este código. En una lugar, en Suiza, se deriva hacia el imperio del derecho, de los derechos, y en otros, en Alemania como en España, hacia el imperio de la ley, de las leyes (212). Por unas latitudes podrá haber pluralidad de fuentes mientras que por las otras no se sale de la unidad ni aun cuando se admita, junto a la ley, otras fuentes.

Aparte historias de casos, el constitucionalismo sustantivo, el que tiene derechos por principios, es, debe ser, terreno de abono de una variedad de fuentes: ley, costumbre y jurisprudencia, la ley

---

(208) Pio CARONI, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 Bundesverfassung,* Basilea 1986.

(209) Michael JOHN, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code,* Oxford 1989.

(210) Mª Victoria LOPEZ CORDON, *El pensamiento político-internacional del federalismo español (1868-1874),* Barcelona 1975, pp. 367-376.

(211) B. CLAVERO, *Entre Cádiz y Bergara: Lugar de encuentro de la Constitución con los Fueros,* en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 59, 1989, pp. 205-282.

(212) Pedro CRUZ VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939,* Madrid 1987, pp. 49-69, para Suiza, con capítulos luego tanto alemán como español.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como decisión, decisión democrática, la costumbre como libertad, libertad social, la jurisprudencia como cultura, cultura de los propios derechos, cultura de democracia y también y sobre todo de libertad. Resulta que el mismo sistema de derechos, este sistema constitucional, puede al final, como al principio, requerir, no unidad de ley, sino pluralidad de fuentes, y que es el sistema de códigos, otra cosa entonces, el que reclama dicha unidad, con mayor o menor despliegue de accesorios y complementos, pues no en rigor de fuentes.

Pero este otro sistema, el sistema de códigos, usualmente se entiende, sigue entendiéndose, como una modalidad y además nada inferior del primero, de un sistema así constitucional. El modelo de la codificación, una vez impuesto, resiste incluso frente al establemiento ulterior del sistema constitucional como sistema de derechos. Así hoy ocurre en tierras de códigos, aunque más en las europeas que todavía en las americanas. La implantación de constituciones de derechos, de normas constitucionales planteadas bajo esta premisa de libertades, no comporta el abandono de constituciones de códigos, de su sistema. Coexisten y se interfieren en perjuicio esto normalmente de lo primero, de los derechos, de las libertades.

Resiste realmente la ley como fuente única o como única fuente de fuentes, fuente única siempre al cabo. Esto sigue comunmente entendiéndose como cosa propia y característica, consustancial, de la idea codificadora, mientras que la codificación suele a su vez antojarse todavía lo propio, respecto a la idea de constitución, algo así consustancial. Las mismas constituciones contribuyen habiendo requerido normalmente codificación; no previendo luego, cuando aceptan la premisa de los derechos, el desmontaje de unos códigos; no concibiendo en suma, ni antes ni después de los derechos, otra fuente que la ley. Ya sólo por esto no es que resulten constituciones muy constitucionales.

Para no enredarnos con las palabras, convendrá a mi entender que introduzcamos dicha distinción entre dos géneros de sistemas o dos géneros si se quiere, pues así lo han sido, de constituciones, tal diferenciación entre constituciones por una parte de códigos y constituciones por otra de derechos, sistemas constitucionales realmente distintos y más bien incluso incompatibles, aunque conozcan desde luego solapamientos. Son de naturaleza diversa. En las latitu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des de códigos, por virtud de la codificación, por su concepción de fuentes, la misma costitución no es constitución o lo es sólo materialmente y no formal o realmente.

En latitudes de codificación, la constitución no representa, no viene representando, principio de reconocimiento de derechos sustantivos y primera consecuencia de formas procedimentales, sino norma que, al igual que la ley, es de determinación política. Puede incluir tales cosas, pero por disposición y a disposición de un poder dígase constituyente, aunque tampoco raramente legislativo sin más. Es un poder que, incluso cuando sienta fundamentos, se concibe y ejerce de modo resolutivo, decisorio, y no de forma declarativa, obligada, a partir de unos derechos. Así se entiende que los derechos mismos se encierran en texto y se rigen por texto, los textos que registran decisiones, la constitución y las leyes. Así resulta la constitución un código entre otros, una manifestación entre otras de la codificación, no escapando en nada realmente a su título de fuentes. Este es preliminar verdaderamente. Es entonces constitución, la constitución en clave y en suma.

El sistema constitucional de codificación está hoy comenzando a abandonarse por imperativos sustancialmente constitucionales, por reconocimiento ante todo de derechos, pero la retirada se está haciendo de la forma más vergonzante, en el sentido de más reticente, que dificulta la suelta de lastre (213). No me atrevería a decir que la historia de constitucionalismo de códigos y codificación de constitución, este sistema constitucional sucedáneo, sea cosa que esté definitivamente pasando y desapareciendo.

Fácilmente se reconoce hoy que los títulos preliminares de los códigos civiles versan sobre objeto, el de las fuentes del derecho, materialmente contitucional, pero difícilmente se admite que además lo hacen de modo formalmente no constitucional. Y aunque nos quedemos en la primera observación, ¿por qué a continuación tampoco se extrae la consecuencia de que esta materia debiera llevarse a constitución e integrarse bajo sus principios de derechos? ¿Por qué permanece en el código? ¿No tendrá que transformarse expresa y radicalmente de efectuarse el traslado? ¿No se mantiene,

(213) B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, pp. 98-128.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de no hacerse, un reducto de ley como fuente sin más del derecho, una reserva de poder político sobre el ordenamiento jurídico, que es capaz de resistir frente al mismo embate constitucional de los derechos? Ahí tenemos todavía unos títulos preliminares que no acaban de ser reliquias. En ellos, la costumbre y la jurisprudencia se silencian aunque las haya, se disimulan aunque estén a la vista o se miran, si no queda más remedio, como espejos que reflejan no otra cosa que la ley. No siempre su imagen está tan desnuda, pero unas vergüenzas andan ya siempre al aire. Normalmente ni se miran. Para una perspectiva que se pretende constitucional, para esta visión hoy convencional, la costumbre especialmente ha quedado fuera de observación, aunque también usualmente acompañada en su extrañamiento por la jurisprudencia en general o por la jurisprudencia ordinaria allí donde existe una constitucional concentrada. Como en los mejores tiempos napoleónicos, la ley sigue imperando, si no ahora en solitario, con la compañía apropiada para ella de otras fuentes de concentración de poder como dicha misma jurisprudencia constitucional.

Al aire unas vergüenzas, si no se ven, tal vez no sea porque no quiera mirarse, sino porque una costra, toda una coraza, que se presume de cultura jurídica, de derecho, y que lo es realmente política, de poder, produce ceguera e incapacidad, toda una atrofia generalizada del sentido visual y de la sensibilidad sin más. Es por pérdida de capacidad, por sordera, por lo que seguramente, aun prestándose oídos, no se escuchan, siguen sin escucharse, voces que, como la de Joaquín Costa ayer o la de Paolo Grossi hoy, observan sencillamente, observan con ojos abiertos y sin anteojeras ni antiparras, con ojos para ver, sin anteojeras para mirar a derecha y a izquierda y sin antiparras para distinguir al frente y en lontananza.

Observan cosas como que el imperio de la ley no es imperio del derecho o que es incluso su impedimento, que la jurisprudencia sujeta a ley no merece el nombre de prudencia ni de virtud alguna o que la libertad ha de serlo de costumbre antes que de ley o de ninguna otra cosa. Y observan que la costumbre libre y la jurisprudencia capaz existen, pero que la ley amaga y no cede. Ven vivo a *Napoleón* y vivitos a los *Napoleónidos,* a toda una progenie. Si son cosas que normalmente no se observan, no basta con orientar las anteojeras, limpiar las antiparras y aguzar, con toda esta mecánica, la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vista. Hay que desprenderse de la ortopedia, de toda esta costra, de toda una cultura inservible como jurídica, como cultura de derechos, porque es política, cultura de poderes. Habrá que curarse y recuperarse para andar y moverse por los propios medios.

14. El síndrome de *Napoleón* no ceja entre los *Napoleónidos*. Es lo suyo. Un ejército de títulos preliminares, todos estos oficiales, y de códigos cumplidos, toda esta tropa, no se rinde ni capitula. No voy a pasar finalmente a exponer, como debiera, el estado actual en España y en América de la cuestión del concepto de derecho que trajera la codificación, toda esta batería. Me faltan textos y conocimientos. Pero voy a intentar ofrecer una instantánea de este momento porque no quede el paradigma colgado y perdido en el tiempo. Está vivo y entre nosotros. Llegamos al final de un largo recorrido que ha avanzado menos de lo que se ha movido. En buena parte continuamos, hemos estado siempre, en el mismo sitio.

En 1974 se ha promulgado en España un título preliminar más cuidado y construído: *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia.* Se compone de cinco capítulos: *Fuentes del derecho, Aplicación de las normas jurídicas, Eficacia general de las normas jurídicas, Normas de derecho internacional privado* y *Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional* (214). Nos interesa el inicial y en particular sus parágrafos primero, tercero, cuarto y sexto: « Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho »; « La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre »; « Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informa-

(214) Los títulos preliminares y demás textos normativos de este último capítulo es cosa que ya cito por ediciones manuales sin otra garantía que la común de difusión, acceso y confianza generales. No conozco centro ni biblioteca capaz de satisfacer necesidades primarias de información y documentación sobre el derecho latinoamericano, sobre los derechos latinoamericanos, que no sólo son además los codificados. Lo digo como excusa de ignorancia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dor del ordenamiento jurídico »; « La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho ».

Hay todo un capítulo, el quinto, dedicado a los derechos forales, a *los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional* que ahora se dicen, con novedad así de lenguaje, pero menos, bastante menos, de tratamiento. No la tiene en lo que respecta a fuentes, manteniéndose sustancialmente el régimen de 1888. Con todo ello y tras todo lo visto, no hará falta mucho comentario. Las fuentes son las que eran y están donde estaban: ley, costumbre y principios generales. La costumbre se sujeta expresamente no sólo a ley, sino también, con la expresión napoleónica más contraria a libertad, a la moral y al orden constituídos y representados así por ella, por la ley. Debe además la costumbre probarse como si fuera, conforme al entendimiento de la misma codificación, hecho y no derecho. Y viene luego esa paradoja de unos principios que son finales y que aquí expresamente se salvan como tales, como principios. La cuadratura del círculo corresponde resolverla como ya sabíamos a la jurisprudencia, a una jurisprudencia expresamente centralizada y jerarquizada y con ello también, como fuente, políticamente domesticada.

Y la ley es la ley, sin premisa de derechos ni forma de parlamento. Cuando se produjo este nuevo título preliminar, en España no existía constitución. Vino luego, en 1978, pero conforme a la pauta de no asumir directamente esta responsabilidad fundamental y estricta de las fuentes, no replanteando expresamente el asunto, dando de hecho por supuesto que lo suyo es la ley, su producción mediante parlamento, y el resto, cosa de código, de otros códigos. Pluraliza su fuente, pues permite autonomías territoriales con capacidad legislativa, integrándose los derechos forales en este sistema de tendencia federal, pero no pluraliza las fuentes. Esto ni siquiera se lo plantea. No lo concibe como tarea que pueda serle propia. Pero algo también hace.

La constitución a estas alturas trae realmente otro entendimiento de fuentes pues introduce una fuente de fuentes, de todas ellas, que ya no es la ley. Son, como sabemos, los derechos, de los que el derecho, todo el derecho, debe traer causa. La constitución de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1978 sienta en España esta premisa. Mas el caso siempre es que no acaba de extraerse la consecuencia. Ahora la misma constitución comienza a hacerlo, pero de una manera muy limitada, introduciendo garantías judiciales para los derechos y no replanteando el ordenamiento jurídico, el ordenamiento todo, a partir de los derechos mismos. Se establece ahora en particular una jurisdicción constitucional que, por serlo, es ante todo jurisprudencia de derechos sobre ley (215). Mas de hecho, aun con todo este nuevo contexto, el texto de fuentes podrá seguir siendo el título preliminar, título de derecho (216). No parece sino que los problemas constitucionales que han venido planteándose frente a la concepción napoleónica del orden jurídico, respecto a la compatibilidad entre código y constitución, acabaran finalmente por disiparse sin más. El asunto está enquistado.

La continuidad no es nada inocente desde luego. No lo es la irresponsabilidad de la constitución y la responsabilidad del código. Entrando en juego dichas garantías de derechos y manteniéndose la identificación entre la ley y el derecho, dicha jurisprudencia constitucional, jurisprudencia de una jurisdicción nueva de estos objetivos, pero vieja por su carácter también centralizado y jerárquico, puede encontrarse en apuros y recurrir todavía a la superposición del código como norma de fuentes, como este derecho de derechos, por encima de la propia constitución. Puede perfectamente sobre todo entender que así debe seguir infiriéndose la regla general de identificación y aplicación del derecho, que puede así seguir el derecho equivaliendo a la ley, que imperio de la ley e imperio del derecho pueden así seguir siendo una misma cosa, un mismo principio constitucional. Está presente y operativo el título preliminar del código civil, su concepción del derecho, de modo que puede todavía sobreordenarse a constitución y con ello a derechos. Sigue vivo. No es texto muerto (217).

---

(215) F. TOMAS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional,* Madrid 1993.

(216) Manuel PONS GONZALEZ y Manuel Angel DEL ARCO TORRES, *Título Preliminar del Código Civil (Concordancias, comentarios y jurisprudencia),* Granada 1990.

(217) B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces,* Madrid 1988, pp. 89-94, con las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Razones constitucionales ahora se ofrecen para revitalizarse el paradigma que sigue siendo napoleónico. « Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido », el cual, tras constitución de derechos, no se piensa que pueda ser otro que el definido por el código civil, por su título preliminar, con la primacía entendida de la ley. Y esto, se añade ahora, es así en consideración de « la dignidad de la ley, emanada de la representación popular », de esta soberanía, lo que no está desde luego en el código, pero sí en la constitución. Es una nueva motivación con la que pueden mantenerse todavía unos principios genuina y ranciamente napoleónicos. « El sometimiento de Juez a Ley » constituiría la máxima garantía de los derechos desde el momento en que las leyes son democráticas, debidas no sólo a procedimiento parlamentario, sino también a sufragio universal. El código ni su título preliminar mínimamente cumplen el requisito, pero es argumento que, como la ley, ya se sabe que no tiene efecto retroactivo. Ahora se trata de afirmar la autoridad de unas leyes que cubra en general a la ley, este objetivo napoleónico a fin de cuentas.

Es argumento que rige, pero no con el valor que se le presume, no con su presunción. La motivación democrática también es aplicable a otras fuentes y la posibilidad no quiere ni discutirse. Como se nos ha dicho y repetido, la costumbre es también democracia y es, puede ser, más libertad que la ley. Si derecho son los derechos antes que las leyes, no parece que deban ser unas manifestaciones de representación popular lo que prive. Los mismos derechos no son tales, no son libertades, si se siguen haciendo depender de ley, de manifestación democrática ahora, y si no va en cambio introduciéndose y asegurándose la dependencia contraria, de las leyes respecto a los derechos. A estos efectos una jurisprudencia constitucional, jurisprudencia de derechos, conviene también no sólo como doctrina especializada judicial y profesionalmente, sino además y ante todo como cultura social que pueda así crearse por toda la justicia y por una justicia menos entonces profesionalizada, no centralizada ni jerarquizada. Son posibilidades constitucionales, sólo posibilidades,

---

referencias de los argumentos constitucionales que ahora siguen, que son de fundamentos de sentencias de 1988 del tribunal constitucional español.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pues unas realidades jurídicas siguen presididas por el paradigma napoleónico.

El paradigma sigue operando y pesando cuando una jurisprudencia constitucional puede entender todavía que una ley ordinaria, el título preliminar del código civil, mantiene un valor constituyente del derecho, que la determinación más constitucional compete así a una norma no constitucional. Es lo que sigue realmente entendiendo toda una doctrina, todo un adoctrinamiento. Se entiende que una ley en particular puede fijar la posición de la ley en general y de otras posibles fuentes, que puede definir así el derecho. Y el entendimiento se produce sin que salte a la vista ninguna contradicción, ni siquiera la más patente del verdadero sinsentido que supone la existencia de una especie con tal valor sobre su propia categoría. Es la operación y es el peso de toda una cultura, de la cultura que se tiene por jurídica en el espacio y en el tiempo de la codificación.

El espacio es también América y el tiempo es aquí también el nuestro. El mismo título preliminar español actual ha tenido algún eco directo por América Latina, aunque nuevamente escatotípico. En Costa Rica se ha producido también una renovación reciente del título preliminar del código civil, quebrándose su tradición especialmente negativa para con cualquier fuente que no fuera la ley. Ha sido en 1986, adoptándose el nuevo estilo español, su estructura y enunciado de capítulos, suprimiéndose el quinto, el de materia foral, y siguiéndose orden y tenor de artículos, con adaptaciones. La primera es constitucional, reducida al mínimo. Artículo primero: « Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales del Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico ».

La limitación que se ve de este título de fuentes al derecho privado no se efectúa por consideración a la constitución, pues se registra expresamente su prevalencia también en esta sede, sino por desconfianza a unas fuentes menos controlables políticamente, como en particular la costumbre. La disposición sobre ella es prácticamente la española. Artículo tercero: « El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo », se entiende que no sólo legal, pues ésta ya está salvada. Es un reforzamiento de defensas frente a la costumbre a este nivel general más materialmente constitucional, aunque el modelo ya ha ofrecido una buena batería de ataque frente a cualquier veleidad de autonomía o primacía suyas. Es una admisión tan peculiar que, igual que las decimonónicas, se resuelve, como fuente, en exclusión.

Por el nuevo modelo adoptado, el español, por su capítulo foral, se ha tenido ante la vista una posibilidad de mayor consideración de la costumbre, pero esto ya hemos dicho que se excluye como si el supuesto de fondo sólo fuera español. En España además, con la constitución de 1978, se ha establecido un sistema de autonomías regionales que, si no bastan de por sí para superar el régimen de ley como fuente, permite al menos su participación de forma que las comunidades o territorios de tradición foral puedan desarrollar su propio derecho mediantes procedimientos también políticos. A esto tampoco se mira cuando posteriormente se copian fórmulas españolas.

El apartado específico de la costumbre puede seguir teniendo en América Latina una importancia especial. En 1992, se produce en Guatemala una renovación, no del código civil o de su título preliminar, sino de la ley orgánica judicial. Presenta un capítulo inicial de fuentes que responde también a la influencia: título primero, *Normas generales,* capítulo primero, *Preceptos fundamentales.* Artículos primero a tercero: « Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco »; « La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, establecida conforme a ley, la complementará. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada »; « Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario ».

La disposición del artículo segundo sobre la costumbre es literalmente la española, sin intentar trasladarse tampoco otras fórmulas, ni la foral ni la autonómica. El texto en sí es el mismo, pero su significación es superior. Es mucho mayor su alcance de carácter

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no sólo sociológico y antropológico, en un país de mayoría indígena como Guatemala, sino de índole también jurídica, con una constitución que reconoce finalmente costumbre como es caso igualmente de Guatemala. Pues conviene saberse que, conforme a una tendencia que está difundiéndose durante la última década por América, la actual constitución guatemalteca, de 1985, procede a un reconocimiento de derecho indígena.

Artículos cincuenta y nueve y sesenta y seis de la constitución de Guatemala: « Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres »; « Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos ». Es un reconocimiento constitucional no sólo parece que de costumbres, sino aparentemente también de costumbre, de la costumbre como fuente. A ello ha seguido dicha admisión por la ley orgánica judicial que se resuelve en su contrario, que puede sin problemas resultarlo.

Solamente se admite la costumbre por defecto de ley y además se le excluye si contraria a la moral y al orden asumidos como base de la propia ley. Debe además probarse, como si para la propia codificación, conforme a sus criterios, no fuera en definitiva derecho, siguiera sin serlo. La justicia conoce ley y se debe a ley, no a costumbre. Así es como sigue definiéndose la misma jurisprudencia que se admite, conforme a ley. Esta, la ley, no cede poder, el poder de disposición sobre el derecho, sobre el derecho potencialmente todo, que la codificación le ha conferido. Seguimos sin salir del universo del título preliminar del código civil. Hay una apertura a la costumbre, pero bajo unas condiciones que siguen siendo napoleónicas. Y el caso guatemalteco es representativo de la situación actual de la materia de fuentes en los estados latinoamericanos que están procediendo al paso importante de reconocimiento constitucional de derechos indígenas. Unos títulos preliminares neutralizan. Su misma renovación ayuda.

Perú es país cuyas constituciones de este siglo, de 1920, 1933, 1979 y 1993, reconocen una presencia indígena, aunque no en forma de derecho propio. Actualmente, desde 1979 o más en concreto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

desde una ley « de comunidades nativas » de 1974, este reconocimiento se produce en términos de un derecho agrario especial de garantía constitucional y formación legislativa. El texto vigente, de 1993, añade una admisión de costumbre que viene a reducirse a justicia o, más bien, prevención penal: « Las actividades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece la forma de coordinación de dicha jurisdicción especial » con la justicia ordinaria (artículo ciento cuarenta y nueve). Constitución y ley, también la ley, prevalecen expresamente sobre cualquier otro tipo de fuente. La misma constitución contiene ahora esta declaración taxativa de jerarquía normativa (artículos cincuenta y uno y ciento treinta y ocho).

En cuanto a registro constitucional de presencia indígena, en esto al menos, Perú es un caso pionero y constante. Perú también ha renovado en más de una ocasión durante nuestro siglo su código civil, en 1936 y en 1984. Estos códigos usan *Título preliminar* sin otro epígrafe general identificativo y con articulado de numeración propia, no corrida con el resto del código. El de 1936, más extenso, se presenta dividido en cuatro capítulos: *De la ley, De la acción judicial, Del derecho internacional privado* y *De la aplicación de la ley.*

Ambos títulos preliminares, por no mencionar a la costumbre, no lo hacen ni siquiera para sentar que no puede derogar a ley. Artículo primero de 1936: « Ninguna ley se deroga sino por otra ley ». Primer parágrafo del artículo primero de 1984: « La ley se deroga sólo por otra ley ». Es el comienzo en ambos, sin mención como digo de uso ni desuso, de costumbre. Aunque la palabra realmente se menciona en 1936, pero con otro significado y a otro afecto, los más adversos precisamente a la libertad de la costumbre. Artículo tercero: « No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres ».

El derecho, según el código, es la ley sólo completada en su caso por unos principios. Artículos vigésimo primero y vigésimo tercero de 1936: « Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes »; « Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho ». Artículo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

octavo de 1984: « Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano ». En 1936 se interponía una referencia a constitución. Artículo vigésimo segundo: « Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera ». Una declaración tan explícita al efecto dentro del código falta en 1984. Artículo séptimo: « Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda ». Y es un inciso de conocimiento éste último que también indica que la norma jurídica se presume siempre legal. No cabe para el código la consuetudinaria. Ni siquiera aquí se le nombra. La constitución lo hará a continuación, pero también reafirmará la posición de la ley como fuente.

No es ella, la constitución, sino éste, el código, quien realmente establece el paradigma, quien lo sigue estableciendo. Lo hace, lo sigue haciendo, el título preliminar. Bajo la ley y en su marco cabe todo, hasta la costumbre, mas sin ella y fuera de ella no cabe nada. Es el entendido de los mismos reconocimientos constitucionales de costumbre o de su realidad. La ley habrá de proveer. Será la ley quien concrete en su caso el reconocimiento, quien conceda así derecho, quien retenga así poder. Como la ley priva en todo caso, cabe lo mismo también sin necesidad de previsión constitucional.

En Costa Rica, en este país que ha renovado su código en 1986 como hemos visto, se había reconocido por ley ordinaria de 1977 un derecho indígena, el derecho de los indígenas « que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad », según definición de su primer artículo, sin plantearse antes ni luego la elevación del reconocimiento a la constitución propia y tampoco posteriormente, como ha podido verse, su reflejo en el código civil, en un código que, aceptando costumbre, la rechaza realmente como fuente autónoma, según también hemos visto. La misma ley no se planteaba la cuestión de la admisión de esta fuente, la costumbre, por efecto del reconocimiento de un derecho, el derecho indígena, el cual así puede reducirse a titulación de tierras e incorporación de comunidades de régimen, ambas cosas, civil común. La ley, su código, impera.

En casos como el peruano y el costarricense se da hoy un nuevo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

elemento. Al registro constitucional o legislativo de la presencia indígena se ha sumado últimamente un reconocimiento de derecho de carácter internacional, de un valor potencialmente constitucional. La Organización Internacional de Trabajo ha adoptado en 1989 un convenio « sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes » para dicho propósito (218). Reconociéndose un derecho, se reconoce una fuente, la costumbre, por encima así virtualmente de la misma ley, con subordinación solamente a derechos fundamentales o derechos humanos: « Dichos pueblos (los indígenas y los tribales) deberán terner el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos » (parágrafo segundo del artículo octavo de dicho convenio).

Costa Rica en 1992 y Perú en 1993 han ratificado este convenio sin que ello se haya visto en ninguno de los dos casos acompañado del planteamiento de una reforma consecuente de la constitución o, lo que sería de inmediato más preciso al propósito, del cuestionamiento consiguiente del código, de su título preliminar ante todo. Ni siquiera se ha apreciado la necesidad de unas iniciativas de este alcance por causa de esta incorporación al derecho nacional del convenio internacional con tal pronunciamiento sobre fuentes. Lo que no parece inocente. Unos compromisos internacionales, igual que los constitucionales, pueden resultar enervados por un derecho que sigue identificándose en lo sustancial con la ley, con esta fuente.

Alguna jurisprudencia constitucional también puede emerger por estos lares a favor de la costumbre frente a ley haciéndose valer al efecto el derecho internacional. La constitución actual de Costa Rica, que data de 1949, ha sido últimamente reformada en 1989 para la introducción, que ahora nos interese, de un par de novedades: principio de prevalencia del derecho internacional sobre la ley nacional (artículos séptimo y ciento cinco) e institución de una jurisdicción constitucional (artículo décimo). Esta ya ha tenido ocasión de pronunciarse en conflicto entre costumbre y ley, entre costumbre indígena y ley nacional, mirando para su resolución, no a

(218) Magdalena Gomez, *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo,* México 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una constitución que guarda silencio sobre el particular, sino al derecho internacional de valor también así constitucional, a dicho convenio en concreto de la Organización Internacional del Trabajo. La costumbre debe entonces prevalecer, aunque a la hora de la verdad del fallo, esto significa que la ley debe aplicarse con ductilidad, mirándose a las costumbres, y no que éstas prevalezcan como fuente salvo tan sólo, según dispone el convenio, derechos fundamentales o derechos humanos (219). Una posición parece mantenerse. La ley no se destrona. *Napoleón* rige.

La constitución actual de Perú conoce una jurisdicción constitucional, pero no reconoce un derecho internacional por encima de la propia ley. Ya hemos visto la posición de expresa supremacía que ocupa como fuente la ley junto a la constitución misma. No cabe una entrada prioritaria de la costumbre tras la ratificación del convenio a la que Perú igualmente ha procedido como ya he señalado. Es la situación más común entre otros estados que, además del par dicho, Costa Rica (1992) y Perú (1993), también han ratificado hasta el momento: México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1992) y Argentina (1992). El orden constitucional actual de México, de Bolivia y de Argentina no admite derecho internacional por encima de ley nacional, mientras que la constitución de Colombia, de 1991, adopta en cambio el principio hoy más acreditado de prevalencia del derecho internacional de derechos humanos (artículo noventa y tres), en el cual podría entenderse comprendido el reconocimiento de derecho indígena que, a lo que ahora nos interesa, lo es de una fuente, la costumbre, aunque en este caso existe una seria resistencia de la doctrina constitucional, de su cultura de ley (220). *Napoleón* dicta.

No son ya escasas tampoco las constituciones, los textos constitucionales nuevos o reformados, que, además de los casos también ya dichos, los de Guatemala (1985) y Perú (1993), reconocen por sí

---

(219) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia 1786 de 1993, documentación comunicada por Rodolfo Piza y Fabián Volio en el taller del Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica, sobre *Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas,* reunido en Guatemala los días 7 y 8 de marzo de 1994.

(220) Carlos LLERAS DE LA FUENTE, Carlos Adolfo ARENAS CAMPOS, Juan Manuel CHARRY URUEÑA y Augusto HERNANDEZ BECERRA, *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia,* Bogotá 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mismas en algún grado derecho indígena: Panamá (1972), Ecuador (1979), Canadá (1982), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992) y, en trance de ultimar en 1994 la reforma, Bolivia; pero esto no significa en caso alguno, en ningún caso, que la misma constitución reconozca la costumbre como fuente autónoma ni que revise así la posición de la ley respecto a otras fuentes. En ningún caso, en ninguno de ellos, se plantea, por efecto de tal reconocimiento constitucional, la cancelación del título preliminar del código civil en cuanto que sede tradicional de esta concepción legalista del ordenamiento. Ni siquiera tampoco se le revisa a dicho efecto. Es un núcleo que parece enquistado. Con toda la distancia de tiempo y de espacio, con todo el desarrollo de derecho constitucional y de derecho internacional también de por medio, *Napoleón* resiste.

No voy a completar el panorama, pues ya he dicho que me faltan conocimientos (221), pero miremos finalmente el caso chileno, ya que Chile ha sido quien creara un deuterotipo para América, un modelo americano. No admitía la costumbre, pero ha tenido que venir a hacerlo por la presencia indígena precisamente. De 1993, así de reciente, es la ley chilena « sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas » que les reconoce un derecho admitiendo unas costumbres. El artículo más específico al propósito, que es el quincuagésimo cuarto, admite esta fuente, la consuetudinaria, « siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República », de concepción naturalmente legalista. Otro artículo previo de esta ley, el séptimo, ha reconocido en términos más generales « el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales » con unas limitaciones de términos más familiares: « en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público ». Chile está también ahora en trance de ratificar el convenio referido de la Organización Internacional del Trabajo. Su orden constitucional actual no admite preva-

(221) El estadillo ofrecido es a fecha de la referida reunión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de principios de marzo de 1994. *Derecho indígena en América* citado se ocupa obviamente del asunto, pero tampoco contempla distintamente los casos, unos casos que además desbordan a los estados, comenzando por no dejarse recluir en sus fronteras, las fronteras de los códigos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lencia de derecho internacional sobre ley nacional. ¿Hace falta comentar en este contexto las previsiones de la ley sobre fuentes? *Napoleón* impera.

Seamos, sigamos siendo, prosopopéyicos. *Napoleón* sigue vivito y coleando incluso en estas aparentes actas de defunción, en las legales como en las constitucionales e incluso en las internacionales por cuanto que dependen de planteamientos nacionales. Los *Napoleónidos* están vivos y activos. Y no se tome la figura como prosopopeya primaria de dictaduras militares ocasionales, sino como imagen construida de absolutismos jurídicos estructurales. Hablo de derecho formal y no de poder bruto. La doctrina jurídica latinoamericana en general, inclusive la más constitucional, se mantiene actualmente, respecto a novedades de fuentes que implican novedad de derechos, en una posición que recuerda a la prensa oficial española de la época revolucionaria francesa, silenciando y ninguneando (222). Y no hace falta a estas alturas que añadamos nada sobre una historiografía jurídica que hace también derecho al hacer cultura, el derecho y la cultura ya sabidos.

El reconocimiento internacional, constitucional, legislativo o acumulado de derecho indígena y con ello de costumbre y de la costumbre más ajena a ley no es ocurrencia de algunos casos, sino algo que está planteado y que comienza a cundir a lo ancho de América, como puede verse. Unas novedades de fuentes hay por aquí y están a la vista, pero más a la vista de texto que de derecho. Y ni siquiera textualmente las novedades acaban de implantarse. Porque lleguen tratados internacionales y reformas constitucionales o leyes especiales reconociendo realidades ajenas y derechos extraños, por esto, un régimen de fuentes no acaba de alterarse. Ya he dicho que unos títulos preliminares, los títulos que vienen fungiendo de constitución para este punto crucial de las fuentes, no se dan por enterados. O no se modifican; o no se hace de modo consecuente; o ni tampoco es que se cancelen, lo que supondría desde luego la mayor de las consecuencias, o la consecuencia simplemente.

---

(222) Autores múltiples, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX,* México 1988-1989; Héctor FIX ZAMUDIO, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos,* México 1988; Germán J. BIDART CAMPOS, *Teoría General de los Derechos Humanos,* México 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La ley sigue rigiendo. Incluso comunmente si algún derecho indígena se atiende, viene a ser por la razón y en la medida en que alguna ley lo haga, porque la ley lo disponga. La ley es quien puede. Hay casos como el de México, con reforma de constitución y ratificación de convenio, con ambas cosas como se ha dicho, el cual, sin autonomía de costumbre ni tampoco de jurisprudencia, puede estar en todo pendiente de desarrollo legislativo, de esta activación precisa, y manejándose además proyectos que resultan inconsecuentes con el trastocamiento de fuentes de constitución y convenio, como si la propia ley pudiera seguir rigiendo en exclusiva y disponiendo con autonomía, sin causa previa de derecho ([223]). Sigue siendo por lo común única fuente, fuente si acaso y no siempre de otras fuentes, la ley.

Parece el tunel del tiempo. Es el éxtasis del derecho, de un determinado entendimiento suyo, de una concreta cultura jurídica o más bien, con todo, política. No es que volvamos siempre al mismo punto. Es que nunca realmente lo abandonamos. No se ha logrado, si es que se ha querido, salir. Por enmienda de constitución, la presunción de ley no desaparece del derecho. El *Código Napoleón* no impera durante el siglo XX, no está imperando actualmente, menos que en su época clásica. No es en menos emperador el código por unas repúblicas, las americanas, que por una monarquía, la española. El poder de la ley sobre el derecho, el verdadero poder que es éste sobre los mismos derechos, no acaba de cederse. La dinastía de los *Códigos Napoleónidos* es la que sigue imperando. Tenemos siempre, por final o por principio, el poder de la ley, el derecho así como poder, el poder entonces del derecho.

Seamos hasta el final prosopopéyicos. Sigue el imperio de *Napoleón* mediante generaciones de *Napoleónidos,* tanto antiguas como nuevas. No sólo sigue nuestro título rigiendo más bien impasible como ley de leyes, como derecho de derechos, como norma general en el capítulo más constitucional que haya, en éste de las fuentes, sino que también y sobre todo sigue la correspondiente cultura política imperando convencida de ser jurídica, la más jurídica, y constitucional, la más constitucional, o la constitucional sin

([223]) Información a la fecha indicada, marzo de 1994, de Magdalena Gómez, que no es lo único que le debo como ya dije.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

más, como si otra no cupiera de este género, como si la novedad de la constitución no tuviese por qué acusar la vejez del código, como si no hubiese de provocar la obsolescencia definitiva de su título preliminar, del derecho que representa, de su cultura.

Es realmente, como ha sido, un problema de presunción y de presunción ante todo cultural. La reforma de un texto cual la constitución que funciona como primer código, precisamente como código, no basta para rendir una presunción tamaña. Menos la alcanzan medidas equivalentes o sucedáneas. Ni una costumbre ni una jurisprudencia propiamente constitucionales, jurisprudencia y costumbre de derechos individuales y de libertades sociales, está situándose por estos lares, por los latinoamericanos, junto a una ley que a su vez, con extrañamientos como el indígena, tampoco es que sea precisamente democrática. Unos órdenes constitucionales con premisa mayor de derechos, presunción así inferior de ley y cabida entonces potencial no sólo para jurisprudencia, sino también para costumbre, estos replanteamientos constitucionales que se están produciendo también ahora por Latinoamérica, se ven notablemente debilitados o incluso completamente neutralizados por el régimen que mantienen y la cultura que alimentan unos títulos de fuentes, títulos realmente preliminares, títulos materialmente de lo más y sustantivamente de lo menos constitucionales.

Napoleón sigue realmente vivo a través de su progenie y reproduciéndose con ella. Están vivos los *Napoleónidos.* Aún imperan. No van a ser sus propias criaturas, como el derecho reducido a ley o como la constitución reducida a código, quienes derroquen la dinastía, esta estirpe tan prolífica. Una sola fuente no es la vía procedente para la autonomía necesaria, constitucionalmente necesaria, de otras fuentes, para su garantía y para su efecto de multiplicidad de derechos, de los derechos de todos y de todas individual y socialmente, para esta fuente constitucional de fuentes. Si no hay cultura de costumbre, si no la hay de jurisprudencia, si no son ambas reconocidas constitucionalmente de forma que puedan producirse y desarrollarse como fuentes autónomas sobre la base común de derechos, seguiremos en la cultura de ley, en su concepto del ordenamiento, en unos códigos, en un título, en unos artículos reductivos cuando no ignorantes de derechos, en este universo de poderes satisfechos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUIGI LACCHÈ

A PROPOSITO DELLA LEGISLAZIONE SUGLI « ATELIERS DANGEREUX, INSALUBRES OU INCOMMODES ». SCIENZA GIURIDICA, ' INDUSTRIALISMO ' E CONFLITTI DI VICINATO NELLA FRANCIA DEL PRIMO OTTOCENTO (*).

1. Introduzione. — 2. Storia ambientale e « science de la salubrité ». — 3. « Un arbitraire intolérable »: alle origini di una ' questione '. — 4. Ancora sulle origini: il progresso scientifico e l'industria chimica. — 5. Verso il decreto del 1810: i rapporti dell'*Institut*. — 6. Il decreto del 15 Ottobre 1810. — 7. Industria e proprietà. Considerazioni su scienza giuridica e ' industrialismo '. — 8. ' Troubles de voisinage '. Scienza medica e cultura giuridica nella rappresentazione dei conflitti di vicinato. — 9. Sulla responsabilità per danno.

1. *Introduzione* (**).

La vicenda di storia legislativa che ha inizio nel 1810 con il decreto « relatif aux manufactures qui répandent une odeur insalubre et incommode » può essere vista come un crocevia di temi meritevoli di uno specifico approfondimento. La precoce legislazione francese della prima metà dell'Ottocento, destinata a regolamentare le diverse forme di immissione industriale, costituisce il punto di partenza per riflettere sui problemi suscitati dalla sempre difficile coesistenza tra le forme e gli interessi della produzione industriale e le esigenze della tutela proprietaria.

Si tratta di un fenomeno che, non a caso, è stato fatto oggetto di molteplici studi ed è stato riguardato da angolature diverse, a motivo

---

(*) « Questo scritto sviluppa alcuni temi relativi alla cultura giuridica francese dell'Ottocento analizzati nell'ambito della ricerca C.N.R. (contributo 94.04469.CT09) su 'Il governo delle acque e la scienza giuridica. Organizzazione idraulica e gestione del territorio in Italia e in Francia nel secolo XIX' ».

(**) Abbreviazioni:

A.N. =Archives Nationales (Parigi)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della sua spiccata paradigmaticità. In questa sede cercheremo — muovendo dalle ' origini ' del modello giuridico — di offrirne una lettura che non si limiti a considerare un aspetto in particolare, ma proponga piuttosto una visione panoramica dei vari profili che non possono — a pena di una ricostruzione altrimenti parziale — essere tenuti separati.

Se il discorso ' ambientale ' deve essere meglio raccordato alle ragioni di politica legislativa, anche il rapporto tra proprietà e industria, nelle sue diverse articolazioni, va analizzato mettendo al centro le questioni — dal ruolo della cultura giuridica nel dibattito ' industrialista ' al peso della scienza medica nella rappresentazione del fenomeno immissivo, dalla teorica dei *troubles de voisinage* alle divergenze tra principî normativi e indirizzi giurisprudenziali — destinate a diventare gli argomenti durevoli di ogni discussione successiva, non soltanto francese.

2. *Storia ambientale e « science de la salubrité ».*

La riflessione in corso sui temi della storia ambientale è non certo priva di interesse per chi voglia affrontare l'argomento delle immissioni industriali. L'attenzione sempre più marcata e metodologicamente avvertita per il « luogo » di una storia ambientale (1) — nel contesto di un'*actio finium regundorum*, di messa a punto di uno statuto e di specifici ambiti di osservazione — libera il campo dal ' pregiudizio ' di una cultura ecologica poco sensibile alla profondità storica.

L'analisi dei fenomeni di inquinamento atmosferico suggerisce l'uso di maggiori cautele a chi intenda proporre troppo rigide datazioni ed affermare ' novità ' contemporanee o improbabili ' scoperte ' di fumi e miasmi in epoche anche molto lontane dalla nostra. Occorre, piuttosto, valutare il problema nel quadro di una progressiva degradazione degli habitat urbani, soprattutto in età moderna a partire

(1) Sul problema si rinvia ad A. CARACCIOLO, *Il « luogo » di una storia ambientale*, in *Il declino degli elementi. Ambiente naturale e rigenerazione delle risorse nell'Europa moderna*, a cura di A. Caracciolo e G. Bonacchi, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 13-18. Per il più ampio dibattito cfr. sempre A. CARACCIOLO, *L'ambiente come storia. Sondaggi e proposte di storiografia dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'impiego massiccio, in alcuni parti d'Europa, del carbone e, più tardi, dei sistemi di produzione di energia mediante l'uso del vapore. Il passaggio da un inquinamento ' artigianale ' ad uno ' industriale ' segna in profondità le ragioni di un equilibrio pericolante (2).

Il « declino degli elementi » e la preoccupazione per la ' salute ' della città, tra XVIII e XIX secolo, costituiscono argomenti per la prima messa a fuoco, se non dell'idea di ' ambiente ', certo dell'idea di una crisi dell'habitat e del modo di vivere nei grandi agglomerati urbani. Il problema della conservazione dell'aria, il sorgere di una più viva ' vigilanza olfattiva ' sono alla base della riflessione settecentesca. La natura dell'aria, la sua corruzione e rigenerazione, diventano oggetto, a partire dall'ultimo quarto del secolo, di numerosi studi (3). L'aria e i suoi odori diventano autonomo spazio di ricerca e di valutazione; suscitano proposte ' risanatrici ', tra discorso scientifico e dilettantismo *naïf*. « L'insalubrité de divers établissements s'imposa progressivement aux esprits et leur voisinage ne tarda pas d'apparaître comme une menace dans l'empire du vivant. Cimitières, hôpitaux, prisons, tueries, autant de sources de contagion qu'il convenait d'exiler de la cité... » (4).

Tra XVIII e XIX secolo prende forma, non senza contraddizioni e ambiguità, una « science de la salubrité », una cultura dell'*hygiène publique* (5) destinate ad influire sul modo di percezione dell'' ambiente ' — soprattutto urbano — e dei mali che ne minacciavano l'integrità.

---

(2) Cfr. P. BRIMBLECOMBE, *Trasformazioni di una minaccia. Aspetti storici dell'inquinamento atmosferico*, in *Il declino degli elementi*, cit., pp. 139-157.

(3) Su questi aspetti cfr. i saggi, apparsi in *Dix-huitième siècle*, 9(1977), di J. GUILLERME, *Le malsain et l'économie de la nature*, pp. 61-72; R. ETLIN, *L'air dans l'urbanisme des Lumières*, pp. 123-134; P. SADDY, *Le cycle des immondices*, pp. 203-214. Ricordiamo, inoltre, il ben noto studio di A. CORBIN, *Le miasme et la jonquille. L'odorat et l'imaginaire social. XVIIIe-XIXe siècles*, Paris, Aubier Montaigne, 1982. Infine v. I. MIECK, *Die Anfänge der Umweltschutzgesetzgebung in Frankreich*, in *Francia. Forschungen zur Westeuropäischen Geschichte*, 9(1982), p. 332.

(4) R. ETLIN, *L'air dans l'urbanisme des Lumières*, cit., p. 128.

(5) Sull'argomento v., per un più ampio esame, L. LACCHÈ, *« Hygiène publique », « harmonie », pratiche urbanistiche nella Francia del XIX secolo. Considerazioni intorno alla legge del 13 aprile 1850 sul risanamento dei « logements insalubres »*, in *Storia urbana*, 64(1993), pp. 111-150.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *« Un arbitraire intolérable »: alle origini di una ' questione '.*

Compito dell'autorità amministrativa è « ...veiller à ce que rien de ce qui provient du fait de l'homme n'altère la santé des citoyens, ne compromette la sûreté des habitations, ne nuise aux fruits de la terre ou aux productions artificielles de l'industrie... » (6). Se tale principio era diventato, negli anni Quaranta dell'Ottocento, un « dogme social, [esso] n'était pas, comme on pourrait croire, étranger à l'ancien régime » (7).

I commentatori del decreto del 1810 e della successiva legislazione concordano nel ritenere la disciplina regolamentare di antico regime sulle attività ' industriali ' e ' inquinanti ' del tutto insufficiente, incompleta, contraddittoria. Ricordano singoli interventi: un'ordinanza del prevosto parigino (1486, rinnovata con un *arrêt* parlamentare del 1497) che vieta l'immissione di fumo « préjudiciable à la santé du corps humain... »; misure regolamentari riguardanti *lato sensu* la *salubrité* dei cittadini, la *voirie*, l'inquinamento delle acque e l'allontanamento, dai centri a forte densità abitativa, di *tueries* ed altri luoghi ormai percepiti certamente come ' incomodi ' e ' insalubri ', in qualche caso come pure pericolosi (8).

Un discorso (9) del conte d'Argout (10) (1827, Camera dei pari)

---

(6) S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Paris, De Cosse et N. Delamotte, 1845, p. 2.

(7) Ivi, p. 2.

(8) Cfr. A. TREBUCHET, *Code administratif des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Paris, Béchet jeune, 1832, pp. I-II; H. POREE, A. LIVACHE, *Traité théorique et pratique des manufactures et ateliers dangereux insalubres ou incommodes...*, Paris, Marchal et Billard, 1887, pp. 2-18. Sulle regolamentazioni di età preindustriale cfr. anche I. MIECK, *Die Anfänge*, cit., pp. 335ss.

(9) « ...un exposé exact et complet de l'état de la législation, et l'indication des lacunes et des imperfections qu'on pouvait lui reprocher » osserva J.-B. DUVERGIER, *De l'étendue du droit de propriété; plus spécialement des droits des propriétaires d'établissements industriels, relativement aux propriétaires voisins*, in *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 10(1843), p. 433.

(10) Il conte Apollinaire-Antoine-Maurice d'Argout (1782-1858) fu elevato alla paria nel 1819. La sua carriera è ' esemplare '. Dopo l'apprendistato come *auditeur au conseil d'Etat* (1810) ricoprì la funzione prefettizia prima di essere nominato consigliere di Stato (1817). Dopo il 1830 fu più volte ministro: alla Marina (ministero Laffitte) con l'interim alla Guerra; ministro, nel 1831, del Commercio e dei Lavori Pubblici, nel gabinetto Perier; nel 1832 lo troviamo ministro dell'Interno e dei Culti (ministero Soult).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contiene una buona parte degli argomenti che saranno poi utilizzati, a iosa, dai commentatori. In antico regime « les manufactures dangereuses, insalubres ou incommodes » erano sottoposte alla giurisdizione dei Parlamenti che esercitavano funzioni giudiziarie e, insieme, poteri di *police*. Alcuni, « sans avoir de doctrine fixe », intervenivano con *arrêts spéciaux* sulle contestazioni che sorgevano tra le manifatture e i vicini; altri assumevano *arrêts généraux*, veri e propri regolamenti d'amministrazione pubblica. « Mais, ces réglements variaient dans chaque ressort; ils étaient d'ailleurs insuffisants, incomplets, contradictoires. On a remarqué que les Parlements étaient peu favorables à l'industrie » (11).

I commentatori della legislazione sugli stabilimenti industriali descrivevano la situazione di antico regime — come si vedrà meglio più avanti — sulla scia delle *rationes* ' ideologiche ' che caratterizzano la genesi e gli sviluppi del decreto del 1810. Gli scrittori del XIX secolo — muovendo da un più consapevole patrimonio di

---

Nel 1834 fu costretto a cedere l'importante dicastero a Thiers. Venne allora nominato Governatore della Banca di Francia, incarico che lasciò provvisoriamente nel 1836 per ricoprire l'ufficio di ministro delle Finanze. Diventò senatore nel 1852. Abile amministratore, esponente della destra moderata, prese parte a molte commissioni, ministeriali e parlamentari.

(11) A.-H. TAILLANDIER, *Traité de la législation concernant les manufactures et ateliers dangereux, insalubres et incommodes*, Paris, Nève, Huzard, 1827, pp. 4-5: « Autrefois il n'existait pas, à proprement parler, de législation sur les ateliers insalubres. Lorsqu'un particulier avait à se plaindre d'un voisin qui formait un établissement incommode, c'étaient les tribunaux civils qui étaient juges de l'inconvénient allégué et qui le réprimaient, en ordonnant la suppression de cet établissement ou sa simple modification... »; L.-A. MACAREL, *Législation et jurisprudence des ateliers dangereux, insalubres et incommodes, ou manuel des manufacturiers, propriétaires, chefs d'ateliers...*, Paris, Roret, 1828, p. VII: « La législation française, antérieure à 1790, ne contient pas une seule disposition générale sur cette matière; tout était réglé, à cet égard, par les ordonnances des intendants des provinces et surtout par les arrêts des parlements, qui prenaient souvent alors le caractère de réglements généraux pour la province où s'étendait leur juridiction »; J.-B. DUVERGIER, *De l'étendue du droit de propriété*, cit., p. 433: « La conciliation de ces intérêts opposés n'avait jamais été bien heureusement accomplie; des règlements émanés de l'autorité royale, des ordonnances de police, des arrêts des parlements avaient prescrit, pour quelques genres d'industrie, des précautions spéciales; mais il n'y avait point de règles générales, de mesures embrassant tous les cas »; S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., p. 2; H. POREE, A. LIVACHE, *Traité théorique*, cit., p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principî, tanto in ordine alla disciplina scientifica che alla legalità amministrativa in via di consolidamento — tendevano ad enfatizzare la frattura logica e tecnico-organizzativa (12) fra l'incertezza regolamentare dell'*ancien régime* e le soluzioni più razionali e organiche del primo Ottocento.

Questo atteggiamento era ' favorito ' dalla insufficiente prova offerta dalla legislazione rivoluzionaria. Conseguenza ne era una serie di critiche alle scelte di quel legislatore, si trattasse della legge 24 agosto 1790 che aveva reso ai tribunali la competenza sui danni causati alla proprietà o, segnatamente, della legge 21 settembre-13 novembre 1791 con la quale l'Assemblea Nazionale aveva mantenuto in vita, provvisoriamente, i regolamenti di polizia riguardanti il divieto di avviare manifatture pericolose, conferendo i poteri di attuazione della legge all'autorità municipale.

Il giudizio di d'Argout, come si diceva, viene ripreso da quasi tutti i commentatori. « Un arbitraire intolérable fut la conséquence de cette mesure. Chaque département, chaque commune avait sa règle, et la manière d'appliquer cette règle changeait à chaque renouvellement d'administration; tantôt on frappait sur la propriété, en autorisant des usines très dangereuses au centre des villes les plus populeuses; tantôt on frappait sur l'industrie, en prononçant l'interdiction d'usines dont on venait de permettre la création. Les capitalistes et les propriétaires souffraient également, et bientôt les grandes entreprises s'arrêtèrent » (13).

---

(12) « D'ailleurs, on sait que l'administration, telle que nous l'entendons aujourd'hui, n'existait pas encore; et la plupart des questions qui rentrent aujourd'hui dans le domaine du contentieux administratif étaient alors jugées par les tribunaux ordinaires » (A.-H. TAILLANDIER, *Traité de la législation*, cit., p. 5).

(13) Cfr. A.-H. TAILLANDIER, *Traité de la législation*, cit., p. 5; L.-A. MACAREL, *Législation et jurisprudence des ateliers*, cit., p. VIII; A. TREBUCHET, *Code administratif*, cit., pp. III-IV; J.-B. DUVERGIER, *De l'étendue du droit de propriété*, cit., pp. 433-434; S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., p. 3; H. AVISSE, *Etablissements industriels. Industries dangereuses, insalubres et incommodes*, Paris, Delhomme, 1851, 2 *tomes*, t.I, p. II; A. BOURGUIGNAT, *Législation appliqueé des établissements industriels...*, Paris, V. Dalmont, 1856, 2 *tomes*, t.I, p. 23: « Sous ce régime, la police des industries était en réalité abandonnée aux haines, aux passions, aux préjugés de localité, ou aux influences de clocher si facilement acceptées ou subies par des administrations subalternes. Ainsi se trouvaient trahis soit l'intérêt de l'industrie, soit celui de la propriété et de la salubrité publique... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'immagine prevalente è dunque quella di un ' arbitrio intollerabile ' degli amministratori locali in mancanza di una normativa uniforme. La distruzione delle corporazioni, poi, aveva aggravato la situazione, lasciando un vuoto di potere, con l'effetto di indebolire la sorveglianza su ogni aspetto della produzione (14).

4. *Ancora sulle origini: il progresso scientifico e l'industria chimica.*

Già abbiamo messo in rilievo il significato che il problema della corruzione e della rigenerazione dell'aria cominciava ad avere nella cultura scientifica francese di fine Settecento.

Macarel insiste sugli effetti dello sviluppo della chimica dopo le ricerche di Lavoisier, Berthollet e Fourcroy; è dall'incontro fra la nuova scienza e i bisogni della società che nascono manifatture in grado di produrre sostanze nuove, ma destinate anche ad immettere nell'ambiente fumi e rifiuti ' incomodi ' e dannosi per la salute (15).

È perciò difficile immaginare il peso crescente di una ' questione ambientale ' — da intendersi soprattutto come mero rapporto conflittuale fra proprietà vicine — senza considerare il deciso sviluppo dell'industria chimica. Già prima della Rivoluzione, la scoperta e l'applicazione industriale dell'acido solforico, dell'acido cloridrico o della soda artificiale evidenziano una forte crescita produttiva. Sul finire del secolo si nota il passaggio da un sistema prevalentemente artigianale ad uno con connotati più spiccatamente industriali (16).

Sulla legge del 1791 v. A. CORBIN, *Le miasme*, cit., p. 150; A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1991, p. 391.

(14) H. COLOMBEL, *De la juridiction administrative en France*, Paris, Joubert, 1840, p. 193: « Notre première révolution détruisit les maitrises et les corporations, lesquelles dans leur état de dégénération, présentaient effectivement de graves abus. On s'aperçoit, depuis assez longtemps, du vide qui existe ».

(15) Cfr. L.-A. MACAREL, *Législation et jurisprudence des ateliers*, cit., p. VII; sul punto insistono anche H. POREE, A. LIVACHE, *Traité théorique*, cit., p. 18. Per un inquadramento generale si veda J. e N. DHOMBRES, *Naissance d'un nouveau pouvoir: sciences et savants en France. 1793-1824*, Paris, Payot, 1989, pp. 783ss.

(16) Cfr. A. THEPOT, *Le système continental et les débuts de l'industrie chimique en*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Uno dei più importanti artefici del decollo dell'industria chimica francese è, in quegl'anni, Jean-Antoine Chaptal. Questi — personaggio di primo piano dell'età napoleonica — svolge un duplice ruolo: di studioso e di insegnante (prima a Montpellier, poi all'*Ecole polytechnique*, è da ultimo membro dell'*Académie des Sciences*), e soprattutto di abile ' applicatore ' della scienza chimica a numerose e redditizie imprese industriali. Produce a La Paille (1782), vicino a Montpellier, gli acidi che vengono impiegati nella lavorazione tessile. Nel 1798 crea a Ternes, nei pressi di Parigi, un nuovo grande stabilimento (lo affiderà poi a Darcet e dal 1809 al proprio figlio e a Berthollet giovane); nel 1804 fonda una fabbrica a La Folie, vicino Nanterre, infine una di soda a Plan d'Aren, nei dintorni di Martigues (17).

Chaptal, ministro dell'Interno dal 1801 al 1804, era stato uno dei principali sostenitori del programma napoleonico finalizzato — nel contesto degli avvenimenti di politica europea — a sviluppare un'industria nazionale (18). Il primato della chimica fu determinato anche dalla strategia volta a produrre, per esempio nell'area dei saponieri di Marsiglia, sode artificiali, derivate dal sale marino, che

---

France, in *Revue de l'Institut Napoléon*, 1966, pp. 79-84; L. BERGERON, *L'épisode napoléonien. Aspects intérieurs 1799-1815*, Paris, Seuil, 1972, tr. it. di R. Iandolo e P. Villani, *Napoleone e la società francese (1799-1815)*, Napoli, Guida, 1975, p. 200.

(17) Su Chaptal cfr. J. PIGEIRE, *La vie et l'oeuvre de Chaptal, 1756-1827*, Paris, 1832; R. TINTHOIN, *Chaptal créateur de l'industrie chimique française*, in *Féderation historique du Languedoc méditerranéen et du Roussillon*, XXXe e XXXIe Congrès, Sète-Beaucaire, 1956-57, pp. 195-206; L. BERGERON, *Napoleone e la società francese*, cit., pp. 202-204; M.-C. RIFFAULT, *De Chaptal à la Mère Denis: histoire de l'entretien du linge domestique*, in *Culture technique*, 3(1980), pp. 257-263; J. e N. DHOMBRES, *Naissance*, cit., pp. 793-795; *Chaptal. Actes de la Table ronde*, Montpellier, 28-29 novembre 1986, Toulouse, Privat, 1988; A. THEPOT, s.v., in *Dictionnaire Napoléon*, sotto la direzione di Jean Tulard, Paris, Fayard, 1989, pp. 401-402; M. PERONNET, *Chaptal et le vocabulaire politique à Montpellier (1785-1795)*, in *I linguaggi politici delle Rivoluzioni in Europa. XVII-XIX secolo*, a cura di E. Pii, Firenze, Olschki, 1992, pp. 213-231.

(18) Di Chaptal ricordiamo *Quelques réflexions sur l'industrie*, Paris, Corréard, 1819 e i due volumi *De l'industrie française*, Paris, Renouard, 1819 (quest'opera di Chaptal è stata ripubblicata di recente, con una introduzione di Louis Bergeron: Paris, Imprimerie Nationale, 1993). Cfr. P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, Puf, 1968, p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avrebbero sostituito quelle naturali tradizionalmente importate dalla Spagna (19).

Non v'è dubbio che l'incremento tumultuoso della produzione di sostanze chimiche nel primo Ottocento fosse, più di ogni altro fenomeno, all'origine di quella « foule de contestations qui interviennent tantôt entre l'administration et les entrepreneurs, tantôt entre ceux-ci et leurs voisins » (20). Sullo stesso fenomeno incidevano motivi ed esigenze contrapposti. Le « magnifiques manufactures » (21) minacciavano di compromettere il punto di equilibrio fra attività e interessi raggiunto più agevolmente in età preindustriale. Il progresso scientifico, tuttavia, non soltanto incideva sulla produzione di più sostanze inquinanti e ' aggressive ', ma, sia pure indirettamente, contribuiva a stabilire e rafforzare una « science de la salubrité » dalla spiccata vocazione ' sociale' (22) e in grado di volgere l'attenzione al tema della salute pubblica. Questa ' contraddizione ' — o, se si vuole, questa difficile coesistenza di principî tendenti a confliggere — caratterizzò, da subito, la stessa politica napoleonica: d'un lato con l'incremento di produzioni pericolose e ' insalubri ', dall'altro con la messa in opera di strumentazioni di controllo, se non di ' prevenzione ', come è nel caso dell'istituzione del *Conseil de Salubrité* nel dipartimento della Senna (1802) e, in prosieguo di tempo, di altri organismi analoghi nelle principali città francesi.

5. *Verso il decreto del 1810: i rapporti dell'Institut.*

Nel clima di arduo ' equilibrismo ' che, a ben vedere, caratterizza ogni tipo di rapporto fra sviluppo industriale e tutela proprietaria, il problema degli *établissements insalubres et dangereux* riceve,

---

(19) Riguardo la dannosità e la pericolosità delle fabbriche di soda, sviluppatesi dopo i primi successi ottenuti da Leblanc, e situate soprattutto nel dipartimento di Bouches-du-Rhône, v. I. MIECK, *« Calvizie da fumo »: la morte di alberi e foreste nel XIX secolo*, in *Il declino degli elementi*, cit., pp. 165-166.

(20) A.-H. TAILLANDIER, *Traité de la législation*, cit., p. VII.

(21) Ivi.

(22) Si pensi al più tardo programma delle *Annales d'hygiène publique et de médicine légale*. Rinviamo a L. LACCHÈ, *« Hygiène publique »*, cit., p. 120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con grande tempestività, lo sguardo attento dell'*Institut*. La sollecitudine è la risultante del regime di tutela amministrativa e dello spirito di previdente razionalità che è, in questo caso, chiamato a coniugare le ragioni del nascente statuto industriale con gli effetti di un ancor confuso conflitto materiale di interessi. I pubblici poteri sono chiamati a « protéger tout-à-la-fois la salubrité publique, la tranquillité des citoyens, et l'accroissement de...richesses industrielles » (23). Invocazione di tutela e di « balance égale »: compito evidentemente faticoso e difficilmente indolore (24).

La produzione di fumi e cattivi odori, molti dei quali quasi ignoti al passato ' artigianale ', inquietava gli abitanti e i proprietari di case e terreni vicini agli stabilimenti. Un episodio giudiziario che coinvolge Chaptal e la sua fabbrica di La Paille è al riguardo molto significativo. Un coltivatore che attribuisce il pessimo stato delle proprie colture ai vapori dell'*atelier* cita in giudizio Chaptal. Il giudice affida ad un medico l'*expertise* per accertare la veridicità dello stato di cose denunciato. In una lettera inviata al medico, Chaptal si duole dell'atteggiamento malevolo del suo accusatore istigato — scrive — da « un de mes ennemis obscurs ». In realtà, prosegue l'industriale, l'impianto non causa danno alcuno; la prova di ciò risiede nel fatto, incontrovertibile, che gli altri coltivatori non hanno avuto cattivi raccolti. L'esperto, dopo una verifica di carattere empirico, giunge alla stessa conclusione di Chaptal: sono la negligenza del ricorrente e la sfavorevole esposizione del suo terreno a determinare il lamentato pregiudizio (25).

Lo schema argomentativo e il ruolo dei protagonisti tendono a cristallizzarsi nelle successive rappresentazioni del problema. L'incertezza regolamentare, l'' arbitrio intollerabile ' di talune municipalità, sia nel senso di autorizzare qualsiasi lavorazione che di negarne l'installazione, le ' gelosie ', l'ignoranza delle popolazioni che osta-

---

(23) A.-H. TAILLANDIER, *Traité de la législation*, cit., pp. VII-VIII.

(24) Ivi, p. 3: « Le pouvoir, qui veille à la conservation de tous les intérêts, a donc dû prendre des précautions contre les manufactures et ateliers réputés dangereux, insalubres ou incommodes, sans nuire néanmoins aux progrès toujours croissans de l'industrie ».

(25) Cfr. J. MONTEIL, *Un procès de pollution industrielle à Montpellier en 1791*, in *Histoire des sciences médicales*, 4(1974), pp. 825-827.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

colavano i progressi industriali e, al contempo, la tutela della salute dei cittadini sono — come abbiamo detto — i motivi che spinsero il ministro dell'Interno a sollecitare, nel 1804, l'intervento ' tecnico ' della *classe des sciences physiques et mathématiques* dell'*Institut*.

L'investitura non sorprende. La scienza è un « nouveau pouvoir » (26), e l'*Institut*, quale organo prestigioso, è richiesto di un giudizio *super partes*. Nella vicenda riveste un ruolo non troppo dissimile da quello del medico-*expert* visto all'opera nel processo contro Chaptal.

Il 17 dicembre 1804 l'*Institut* trasmette al ministro un *rapport* che, nelle intenzioni, dovrebbe fungere da « base des jugements du magistrat, lorsqu'il s'agit de prononcer entre le sort d'une fabrique et la santé des citoyens ». Il tono del rapporto è deciso; fintantochè le nuove industrie saranno lasciate alla mercé di vicini inquieti e di concorrenti gelosi e di una legislazione arbitraria, « ...tant qu'un simple magistrat de police tiendra dans ses mains la fortune ou la ruine du manufacturier, comment concevoir qu'il puisse porter l'imprudence jusqu'à se livrer à des entreprises de cette nature? Comment a-t-on pu espérer que l'industrie manufacturière s'établit sur des bases aussi fragiles? » (27). Per superare lo stato di permanente incertezza diventa indispensabile tracciare « le cercle » nel quale l'industriale « peut exercer son industrie librement et sûrement, et qui garantit au propriétaire voisin qu'il n'y a danger ni pour sa santé ni pour les produits de son sol » (28).

Nel rapporto vengono individuate due categorie: una prima di attività che liberano nell'atmosfera, a seguito di processi di putrefazione e di fermentazione, emanazioni gassose *incommodes* per l'odore o *dangereuses* per gli effetti; una seconda di attività che producono vapori e gas da combustione, più o meno sgradevoli da respirare o nocivi alla salute. In questa categoria vi si fanno rientrare gli acidi, per esempio l'acido solforico. Se inizialmente « l'opinion publique s'est fortement prononcée contre les premiers établissements », oggi — si legge nel rapporto — quella stessa opinione non

(26) Cfr. J. e N. DHOMBRES, *Naissance d'un nouveau pouvoir*, cit.

(27) Per il testo del rapporto, v. S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., pp. 4-5.

(28) Ivi, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è più sfavorevole ed è possibile vedere « plusieurs de ces fabriques prospérer paisiblement et sans trouble au milieu de nos villes » (29).

Alla prova dei fatti risulta che ben poche fabbriche emanano sostanze realmente pericolose per chi abita nelle vicinanze. Per questo i magistrati devono usare cautela e stare in guardia « contre les démarches d'un voisin inquiet ou jaloux ... » (30); altrimenti si corre il rischio di « ...empêcher l'établissement en France des plusieurs arts utiles... » (31).

La classe dell'*Institut* suggerisce la dislocazione extramuraria di quelle attività, nocive alla salute, che abbiano a che fare con la putrefazione di materia animale e vegetale; un controllo più attento sugli *ateliers* emananti odori sgradevoli (produzione di acidi, di blu di Prussia, di ammoniaca); l'obbligo di autorizzazione preventiva per le fabbriche operanti in ambiente urbano, con lavorazioni incomode o pericolose per i vicini.

Il *rapport* sortirà qualche effetto concreto. Il prefetto di Parigi nel 1806 ordina che non si possa aprire uno stabilimento senza una preventiva autorizzazione subordinata al deposito di un *plan* dei luoghi e delle costruzioni progettate (art.1) e allo svolgimento di una inchiesta *de commodo et incommodo* (art.2, ordinanza 12 febbraio 1806). Lo schema del provvedimento, pur rudimentale, già anticipa taluni dei tratti che ritroveremo nel decreto del 1810.

6. *Il decreto del 15 Ottobre 1810.*

Il problema della certezza e della disciplina ' arbitraria ' era stato affrontato dal rapporto del 1804 in maniera ancor troppo generica. Nel frattempo, la conflittualità non accennava a diminuire. Evidentemente occorreva ben più che una ' raccomandazione ', malgrado provenisse dall'autorevole *Institut*. Nel 1809, il ministro dell'Interno si affidava di nuovo alle sezioni scientifiche dell'Istituto per uno studio più approfondito. I termini della questione non erano cambiati. Se i fabbricanti mostravano, talvolta, trascuranza nella scelta dei luoghi e nel predisporre congegni per limitare

(29) Ivi, pp. 10-11.
(30) Ivi, p. 13.
(31) Ivi, p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'immissione di vapori ' incomodi ', le proteste dei proprietari parevano essere spesso dettate da rivalità e gelosie. Ancora una volta l'obiettivo era quello di « chercher des moyens qui, en dissipant à cet égard toute espèce d'incertitude, fixassent, d'une manière sûre et constante, les bases sur lesquelles doivent etre établies les décisions des magistrats devant qui les plaintes étaient portées » (32).

Nel rapporto le classi di attività diventano tre. La prima categoria comprende gli *ateliers* che producono sostanze nocive alla *salubrité* e pericolose per la *sûreté publique* e che, pertanto, devono essere allontanati dai luoghi abitati; la seconda concerne le attività la cui permanenza vicino alle abitazioni è consentita, ma sotto sorveglianza; la terza, infine, contempla le lavorazioni che non creano inconvenienti e non sono da sottoporre ad una disciplina speciale.

Le misure suggerite dall'*Institut* sono ben articolate e servono da base al decreto imperiale del 15 ottobre 1810 « relatif aux manufactures qui répandent une odeur insalubre et incommode ». L'atto normativo introduce le tre classi (33), pur con limiti e specificazioni ulteriori, e stabilisce le procedure per regolare l'attività ' industriale ' nel rapporto con le proprietà vicine. L'esecuzione del decreto è disposta, per Parigi, da un'ordinanza di polizia (5 novembre 1810) e, per i dipartimenti, da una circolare del ministro dell'Interno (22 novembre 1811).

Quest'ultima conferma quanto predominante — malgrado affermazioni di segno diverso (34) — sia la vocazione ' industrialista '

---

(32) Cfr. S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., p. 19.

(33) L'art. 1 del decreto recita: « A compter de la publication du présent décret, les manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode ne pourront être formés sans une permission de l'autorité administrative: ces établissements seront divisés en trois classes. La première classe comprendra ceux qui doivent être éloignés des habitations particulières. La seconde, les manufactures et ateliers dont l'éloignement des habitations n'est pas rigoureusement nécessaire, mais dont il importe néanmoins de ne permettre la formation qu'après avoir acquis la certitude que les opérations qu'on y pratique sont exécutées de manière à ne pas incommoder les propriétaires du voisinage, ni à leur causer des dommages. Dans la troisième classe seront placés les établissements qui peuvent rester sans inconvénient auprès des habitations, mais doivent rester soumis à la surveillance de la police ».

(34) Il ministro dell'Interno, nel richiedere l'intervento dell'*Institut*, aveva affermato che « Comme la sollicitude du gouvernement embrasse toutes les classes de la société, il est de sa justice que les intérêts de ces propriétaires ne soient pas perdus de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del decreto. Se la *salubrité publique* e le proprietà vicine devono godere di garanzie giuste e adeguate, « ...il serait, d'un autre côté, contraire aux vues du gouvernement de dégoûter, par des tracasseries injustes, les personnes qui auraient le projet de former des ateliers de la nature de ceux dont il est ici question. Leur industrie nous procure des produits, ou qui sont indispensables pour la consommation journalière, ou que nous serions obligés de tirer de l'étranger, s'ils ne les fabriquaient pas. Sous ces deux rapports, elle mérite donc la protection de l'administration » (35).

Un'ordinanza reale del 15 ottobre 1815 completa le disposizioni regolamentari poste dal decreto del 1810. Altre ordinanze (36), negl'anni successivi, modificheranno il quadro generale delle attività da sottoporre ad autorizzazione preventiva.

In base al decreto del 1810 (37), per ottenere l'autorizzazione a

---

vue plus que ceux des manufacturiers » (in S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., p. 21).

(35) Per questo passo della circolare ministeriale v. S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., p. 51, il quale commenta la portata del decreto in questi termini: « Il a été pour l'industrie la source de nombreux avantages, sans que la propriété ait souffert à cet égard aucun détriment sensible. C'est depuis ce décret que la France s'est couverte d'établissements industriels qui ont porté la prosperité dans toutes ses parties » (p. 46).

(36) Ordinanze del 29 luglio 1818, del 9 febbraio 1825 (ha introdotto la categoria della pericolosità ed ha così ' completato ' la dizione legale in *ateliers dangereux, insalubres ou incommodes*), del 5 novembre 1826, del 20 settembre 1828, del 31 maggio 1833, del 27 gennaio 1837, del 25 marzo e 27 maggio 1838, del 22 maggio 1843. Cfr. anche A.N., F8 93.

(37) Per i commenti alla disciplina legislativa, cfr., tra gl'altri, A.-C. GUICHARD, *Dissertation sur les conflits d'attributions, entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire*, Paris, Rondonneau, 1818, pp. 33ss.; C. LACHAISE, *Topographie médicale de Paris, ou examen général des causes qui peuvent avoir une influence marquée sur la santé des habitations de cette ville, le caractère de leurs maladies, et le choix des précautions hygièniques qui leur sont applicables*, Paris, J.-B. Baillière, 1822, pp. 135ss.; E. DE LEPINOIS, *Code administratif, ou Recueil des lois...*, Paris, Michaud, 1825, pp. 202-213; L.-A. MACAREL, *Manuel des ateliers dangereux, insalubres ou incommodes; ou recueil de la législation et de la jurisprudence en cette matière, précédé de notions préliminaires*, Paris, Au Bureau de l'Administration du recueil des arrêts du Conseil d'Etat, 1827; A.-H. TAILLANDIER, *Traité de la législation*, cit.; A. TREBUCHET, *Code administratif*, cit.; T. CHEVALIER, *Jurisprudence administrative ou recueil complet et méthodique...*, Paris, Dupont, Joubert, Videcoq, 1836, t.I, pp. 5-37; T.-A. COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, ou Traité théorique et pratique de législation et de jurisprudence...*, Paris, Carilian-Goeury, Thorel, Potelet, Dunod, 1838-1862, 4 *tomes*; L.-M. DE

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esercitare una attività ricompresa nella prima classe occorre presentare domanda al prefetto del dipartimento, indicando il luogo di impianto e la natura delle lavorazioni. La domanda viene poi trasmessa al sindaco del comune con l'ordine di affiggerla per un mese nel raggio di cinque chilometri a partire dal luogo destinato all'attività e di procedere ad una *enquête de commodo et incommodo*, la cui forma e i cui contenuti sono determinati dal sindaco. Terminata l'inchiesta, il *dossier* viene trasmesso al prefetto. Nel caso vi siano opposizioni, il rappresentante del governo ne mette al corrente il consiglio di prefettura che esprimerà un parere. È poi il prefetto a redarre il suo *avis* che non costituisce atto di giurisdizione (38), ma soltanto uno degli elementi dell'attività istruttoria (39). Da ultimo, il prefetto invia la documentazione al ministro dell'Interno. Sulla base di un suo rapporto verrà assunto il decreto di autorizzazione reso in Consiglio di Stato. Sia che accordi o meno l'autorizzazione, il

---

CORMENIN, *Droit administratif*, Paris, Pagnerre et Thorel, 1840, 5 ed., t.I, pp. 246-263; BRUN, *Le nouveau manuel des conseillers de préfecture*, Bordeaux, Faye, Paris, Delhomme, 1840, t.I, pp. 47ss.; M. CHAMBAUD, *Code des établissements industriels concédés et autorisés*, Paris, Videcoq, 1841, 2 *tomes*, t.I, pp. 97ss.; E. DUBOIS DE NIERMONT, *Organisation, compétence, jurisprudence et procédure des conseils de préfecture*, Paris, Thorel, 1841, pp. 116ss.; J.-M. DE GERANDO, *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif...*, Paris, Nève, 1842, 2 ed., t.I, pp. 104-119; S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit.; J.-B. MONFALCON, A.-P.-I. DE POLINIERE, *Traité de la salubrité*, cit., pp. 165-187, 228-290; F. LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif...*, Paris, Joubert, 1850, 3 ed., t.I, pp. 474-476; L.-J.-D. FERAUD-GIRAUD, *Des dommages occasionnés à la propriété privée par les travaux publics*, Paris, Carilian-Goeury et V. Dalmont, Aix, Aubin, 1851, pp. 169-170; A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors de contrats*, Paris, De Cosse, 1852, t.II; A. RENDU, *Traité pratique de droit industriel, ou exposé de la législation et de la jurisprudence sur les établissements industriels...*, Paris, Dalmont, 1858, 2 *tomes*; J. VILAIN, *Traité théorique et pratique de la police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Bruxelles et Leipzig, Flatau, 1857; G. DUFOUR, *De l'expropriation et des dommages causés à la propriété*, Paris, Cotillon, 1858, pp. 442ss.; A. BOURGUIGNAT, *Législation appliquée des établissements*, cit.; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1862-1868, 7 *tomes*, t.V, pp. 568ss.; G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué...*, Paris, Delamotte, 1868-1870, 3 ed., t. II, pp. 563-710, t. III, pp. 1-51.

(38) In tal senso una pronuncia del Consiglio di Stato, 2 luglio 1812, Grosjean c. Comune di Eaux-Vives.

(39) Come tale non suscettibile di ricorso contenzioso (Ord. reale, 4 marzo 1827; Guérinau c. Comune di Bigles).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decreto non è soggetto ad opposizione tranne l'ipotesi in cui le formalità prescritte non siano state regolarmente osservate (artt. 2, 3, 4, 5) (40).

Oltre al regime ordinario previsto dal decreto del 1810 e dall'ordinanza del 1815, vi sono poi alcune attività sottoposte a regime speciale (41).

Per le manifatture della seconda classe la domanda dell'imprenditore deve essere indirizzata al sottoprefetto dell'*arrondissement* che la trasmetterà al sindaco del comune interessato, « en le chargeant de procéder à des informations *de commodo et incommodo* » (art.7). Il sottoprefetto, ricevute le informazioni, emette un *avis*. Il prefetto, alla fine, delibera, fatto salvo il ricorso al *Conseil d'Etat*. Se c'è opposizione, si ricorre al consiglio di prefettura, salvo sempre il ricorso al Consiglio di Stato (42).

Le attività degli *ateliers* rientranti nella terza classe devono essere autorizzate dal prefetto di polizia a Parigi, dal sottoprefetto nei dipartimenti (43). Le formalità sono estremamente semplificate. Non è prevista alcuna inchiesta; la domanda è ricevuta dal sottoprefetto che consulta il sindaco e la polizia locale e assume quindi la

---

(40) Sulla non ricevibilità del ricorso v. C. di St., 24 dicembre 1823, Cochin; C. di St., 15 dicembre 1824, Paillard (e le ordinanze 22 giugno e 1 dicembre 1825, 19 luglio 1826, 16 maggio 1827).

(41) È il caso, per es., delle *boyauderies et fabriques de cordes à instruments*, degli *chantiers d'écarissage*, *dépôts d'engrais*, *hauts fourneaux*, delle *fabriques de soude provenant du sel marin*, *poudres et matières détonnantes ou fulminantes* (prima classe); stabilimenti di utilizzazione, fabbricazione e deposito di *gaz hydrogène*, macchine a vapore (seconda classe); *chantiers de bois*, *petits appareils domestiques pour la fabrication du gaz hydrogène*, *brasseries*, *vacheries*, *ateliers pour le raffinage du sel marin* (terza classe). Si veda in particolare I. MIECK, *Die Anfänge*, cit., pp. 358ss.

(42) La disposizione di cui all'art.7, piuttosto oscura, è stata interpretata da una giurisprudenza costante nel modo seguente. In caso di rigetto il postulante deve presentare ricorso direttamente al Consiglio di Stato. In caso di autorizzazione i terzi interessati devono portare opposizione alla decisione del prefetto in primo grado davanti al consiglio di prefettura e in appello al Consiglio di Stato. Ciò costituisce una deroga formale al principio della competenza amministrativa secondo cui gli atti di pura amministrazione non possono essere attaccati dinanzi ai tribunali amministrativi nè essere oggetto di un ricorso in via contenziosa (cfr. A. RENDU, *Traité pratique*, cit., p. 13).

(43) L'ordinanza del 14 gennaio 1815 ha, infatti, modificato la disposizione dell'art. 8 trasferendo ai sottoprefetti il compito prima affidato ai sindaci.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propria decisione. Il consiglio di prefettura è chiamato a pronunciarsi sull'eventuale opposizione (44).

Le disposizioni del decreto del 1810 non producono effetto retroattivo. Pertanto agli stabilimenti in attività non si applica la nuova disciplina. Tuttavia, nell'ipotesi di danni causati alle proprietà vicine da impianti già funzionanti al momento dell'entrata in vigore del decreto, sono i tribunali (art.11) gli organi competenti a valutare il pregiudizio.

L'art.12 del decreto prevede un'eccezione al principio della irretroattività. Infatti, in caso di gravi inconvenienti per « la salubrité publique, la culture ou l'intérêt général », le fabbriche rientranti nella prima classe potranno essere soppresse con un decreto reso in Consiglio di Stato, dopo aver sentito la polizia locale, ricevuto l'*avis* dei prefetti e le deduzioni difensive degli industriali.

Gli *ateliers* la cui attività risale a prima del 1810, in caso di trasferimento degli impianti o di interruzione nei lavori per almeno sei mesi, rientrano nella categoria dei nuovi stabilimenti e devono quindi chiedere una nuova autorizzazione (art.13). Il permesso accordato all'industriale — in un determinato luogo e sulla base di accertati rapporti di vicinato — viene meno, secondo la *ratio* legislativa, qualora vi sia un cambiamento di sito dell'impianto (che

---

(44) Sul punto era sorto il dubbio se le decisioni del consiglio di prefettura potessero essere deferite, in appello, al Consiglio di Stato, stante il silenzio dell'art.8. La giurisprudenza fu costante nell'affermare l'ammissibilità del secondo grado di giudizio in base al principio di diritto comune (C.di St., 15 ottobre 1821, Miller; C.di St., 10 gennaio 1834, Noël).

P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris, L.G.D.J., 1964, pp. 239ss., insiste sulle diverse regole di competenza operanti in materia. La ragione di ciò viene individuata nel differenziato ' grado ' di valutazione dell'inconveniente. L'interesse generale veniva più gravemente minacciato, e di conseguenza acquistava una maggiore rilevanza agl'occhi del legislatore e dell'amministrazione, dalle attività della prima classe che da quelle delle altre due. La consistenza, l'importanza dell'interesse generale condizionavano il contenzioso e determinavano, nella prima metà del XIX secolo, l'ammissione di una determinata ipotesi nella categoria delle materie amministrative contenziose.

Sulla specialità del ricorso contenzioso (Bouchené-Lefer parlerà di « contentieux exceptionnel ») in tema di *ateliers*, v. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 134 e 167-168.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rinnova, quindi, la premessa autorizzativa) o una interruzione dei lavori per oltre sei mesi. È evidente che in questo intervallo la località può aver assunto una diversa fisionomia; nella convinzione di una chiusura della fabbrica, qualcuno può aver costruito abitazioni vicine o formato stabilimenti rispetto ai quali la rimessa in attività della vecchia *usine* potrebbe essere pregiudizievole.

La disposizione contenuta nell'art.13 ha dato il destro ai proprietari colpiti dalle emanazioni industriali per domandare l'intervento delle autorità competenti. I proprietari di una zona extraurbana di Marsiglia protestano contro la ripresa di attività, senza nuova autorizzazione, di una fabbrica di soda artificiale che « ...leur a causé des dommages considerables, aux champs, arbres, fruits et récoltes, pendant le temps de son exploitation », e altri incomodi « par raison de santé » (45). In un altro caso è un industriale a protestare contro un'ordinanza di sospensione della propria attività e a richiederne la riapertura (46). Una distilleria d'acquavite, nel 1821, ha gli stessi problemi: il prefetto intende far applicare l'art.13 del decreto. « Cette manière de procéder — scrive — conciliéra l'intérêt général qui sollicite la conservation de l'usine, celui des propriétaires de la distillerie, et celui des réclamants... » (47).

Nel 1830 alcuni abitanti di Evreux si oppongono alla ricostruzione non autorizzata di uno stabilimento che lavora il sego e scrivono al ministro dell'Interno « persuadés que l'intérêt général pourrait fort bien échouer en présence de quelques considérations particulières... » (48). Il sindaco, dicono ironicamente, non ha dimestichezza con le leggi che gli impongono un dovere di sorveglianza su « la salubrité publique et la commodité des habitations... » (49) ed è ben strano che in una città di diecimila abitanti « deux commis-

---

(45) A.N., F8 176,I,6, *Affaires contentieuses (exécution de l'art.13 du décret du 15 octobre 1810), 1811-1844*, lettera al prefetto del Bouches-du-Rhône, Marseille, 15 mai 1819, f.1r.

(46) A.N., F8 176,I,6, *Affaires contentieuses*, cit., rapporto della prefettura del Bouches-du-Rhône al ministro dell'Interno, 9 juin 1819.

(47) A.N., F8 176,I,7, *Affaires contentieuses*, cit., lettera del prefetto dell'Aude al ministro dell'Interno, Carcassonne, 27 mars 1821, f.3r.

(48) A.N., F8 176,I,14, *Affaires contentieuses*, cit., lettera di alcuni proprietari di Evreux al ministro dell'Interno, Evreux, 8 juillet 1830, f.1r.

(49) Ivi, f.2r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

saires de police, deux agents de police et un voyer particulier ne suffisent pas pour informer l'administration de ce qui se passe... » (50). Allusioni a comportamenti dettati non da semplice negligenza. « Ces détours et ces subterfuges tomberont devant la loi, et l'interêt général triomphera de quelques considérations particulières » (51).

Anche il lungo contenzioso che vede come protagonisti i proprietari delle campagne marsigliesi vicine ad una fabbrica di soda che scarica « ...vapeurs hydro-chloriques... » (52) ed il suo proprietario riguarda l'applicazione dell'articolo 13.

Il decreto del 1810 e la successiva legislazione, di completamento e di specificazione dei principî, sono stati considerati da diversi punti di vista. Taillandier, nell'esaminare « la nature politique de ce décret et des ordonnances réglementaires », ne contesta la legalità. In un ordinamento costituzionale — dice — il potere esecutivo non può, senza il concorso dell'autorità legislativa, creare e organizzare giurisdizioni, restringere il godimento della proprietà e il libero esercizio dell'industria con regole di pura amministrazione (53). Questa sottolineatura non impedisce, però, ad un attento

---

(50) Ivi, f.2r.

(51) Ivi, f.3r.

(52) A.N., F8 176,I,12, *Affaires contentieuses*, cit., relazione del prefetto del Bouches-du-Rhône inviata al ministro del Commercio e dei Lavori Pubblici, Marseille, 12 juillet 1832, f.1r.

(53) A.-H. TAILLANDIER, *Traité de législation*, cit., p. 4. Ma già de Cormenin aveva scritto: « Mais ce décret lui-meme n'a-t-il pas, ainsi que la plupart des décrets rendus à cette époque, usurpé les attributions du pouvoir législatif? En effet, créer et organiser des juridictions, enlever ou restituer les citoyens aux tribunaux, restreindre, par de certaines règles, la jouissance de la propriété ou l'exercice de l'industrie, c'est l'office de la loi; nous l'attendons » (*Droit administratif*, cit., t.I, p. 248).

Critico verso la legislazione sugli *ateliers* sarà anche Vivien de Goubert. « Elle — osserva — crée des compétences exceptionnelles, confond le contentieux avec l'administration pure, et, après avoir soulevé des difficultés qui touchent aux droits mêmes de la propriété, elle les laisse indécises... ». In particolare la censura cade sul regime stesso dell'autorizzazione amministrativa. « L'inconvénient du régime actuel est d'apporter des entraves à l'industrie, de tromper les voisins qui pensent souvent que l'autorisation donnée à l'établissement les prive du recours en indemnité, et d'immiscer l'administration dans les intérêts privés » (*Etudes administratives*, Paris, Guillaumin, 1852, 2 ed., t. II, pp. 136 e 137). L'argomentazione sarà ripresa da Jules Simon che denunzierà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

osservatore tedesco di ammirare la razionalità insita nell'intervento dell'*Institut*, l'uniformità regolamentare, la completezza del catalogo delle attività che « ...prévient cette masse de plaintes, de querelles et de pertes qu'entraîne, dans les autres pays, l'absence d'une législation suffisante ou même d'une législation quelconque sur ce point » (54). Non pare comunque contestabile il fatto che il *rapport* dell'Istituto e quindi il decreto del 1810 abbiano funzionato da modello originale per la moderna legislazione sulle immissioni industriali (55).

Il decreto dell'ottobre 1810, riguardato da altra angolazione, nel contesto della politica di *salubrité publique* portata avanti non senza difficoltà lungo il XIX secolo, può essere così visto — ma, a nostro avviso, molto marginalmente — all'origine di una parte non trascurabile della legislazione operaia (56).

Non v'è dubbio che la legislazione inaugurata nel 1810 si inserisca nel più ampio discorso di fondazione/consolidamento del diritto amministrativo post-rivoluzionario (57). La ricerca di « règles

---

l'inefficacia e l'arbitrarietà della normativa sugli stabilimenti (*La liberté*, Paris, 1859, t.II, p. 103, cit. da A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht*, p. 410).

(54) R. VON MOHL, *Du droit administratif en France. Examen des ouvrages de MM.Laferrière, Chauveau, Dufour et Macarel*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 2(1845), p. 380. Mohl poi aggiungeva: « Il est vraiment inconcevable que tous les Etats allemands n'aient pas depuis longtemps introduit cette pensée dans leur législation. L'on ne saurait mieux faire sous ce rapport que d'emprunter tout simplement le tableau français; car il n'est pas présumable qu'aucun de nos Etats ait la prétention d'avoir à sa disposition une autorité scientifique supérieure à l'Académie des sciences de Paris » (p. 381).

(55) Cfr. P. GOUSSET, *Le droit des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Paris, 1968, p. 4.

(56) Cfr. P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, cit., pp. 256-257. Pierre Legendre adduce come esempio di evoluzione del processo di centralizzazione amministrativa — attuato nel segno di un solido principio di autorità della legge — i lavori di riforma della Commissione Marchand-Aucoc (1856-57) in materia di stabilimenti industriali pericolosi, insalubri o incomodi (*La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 52(1974), p. 731).

(57) Sul vasto dibattito riguardante le ' origini ' del diritto amministrativo non possiamo dare conto in questa sede. Ci si consenta, pertanto, il rinvio ad un discorso di sintesi svolto nel nostro *L'espropriazione per pubblica utilità. Scienza giuridica, politiche*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

uniformes et immuables » è, quindi, anche l'obiettivo perseguito dai commentatori che, come Macarel, Taillandier, Trébuchet, Clerault, si sforzano di armonizzare un dettato normativo non privo di oscurità con una giurisprudenza amministrativa (58) alla ricerca di indirizzi stabili in una materia soggetta, anche per via delle innovazioni dei processi industriali, a repentine modificazioni.

7. *Industria e proprietà. Considerazioni su scienza giuridica e ' industrialismo '.*

Il decreto del 15 ottobre 1810 è « un véritable règlement *sanitaire*, conçu dans l'unique pensée de mettre la vie et la santé des citoyens à l'abri des atteintes auxquelles pourrait les exposer le voisinage de certains établissements industriels, dangereux, insalubres ou incommodes de leur nature » (59). È compito dell'amministrazione conciliare « ces deux intérêts rivaux » (60). Se lo scopo dichiarato della legge è di *arbitrer* fra gli interessi degli industriali e gli interessi dei proprietari (61), è questo pur sempre un obiettivo che non si realizza senza sacrifici « de part et d'autre » (62), poichè « ...cette matière touche de toutes parts à la propriété... » (63) e diventa perciò decisivo stabilire i limiti da imporre « ...d'une part, à la jouissance de la propriété dans l'intérêt de l'industrie, et d'autre part, à l'exercice de l'industrie dans l'intérêt de la propriété » (64).

---

legislative e pratiche urbanistiche nella Francia del XIX secolo, in corso di pubblicazione presso l'editore Giuffrè.

(58) Può essere interessante considerare la giurisprudenza del Consiglio di Stato del Regno d'Italia per ricevere conferme circa il carattere compromissorio e sostanzialmente oscillante delle decisioni in tema di stabilimenti. Si veda P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di prefettura e consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 361-363.

(59) S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., p. 245.

(60) Ivi, p. 136.

(61) Cfr. A. CORBIN, *Le miasme et la jonquille*, cit., p. 154.

(62) S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., p. 136.

(63) Sul tema del ' conflitto ' di interessi scriveranno J.-B. MONFALCON, A.-P.-I. DE POLINIERE, *Traité de la salubrité*, cit., p. 21: « Ces trois intérêts, qui sont en présence dans les grandes villes, la salubrité, la propriété et l'industrie, ne vivent pas toujours en bonne intelligence; il y a souvent, entre eux, une lutte vive et persistante... ».

(64) L.-A. MACAREL, *Manuel des ateliers dangereux*, cit., pp. VI-VII; A.-H. TAIL-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Malgrado certe interpretazioni di età successiva — che insistono sul tasto della *balance* quale assorbente *ratio* legislativa —, appare piuttosto evidente la difficoltà del legislatore napoleonico di avallare l'immagine del decreto come atto di *arbitrage*. Ed è arduo intravedere un mero ruolo ' arbitrale ', di ammissibile ' neutralità ', in capo a quel legislatore. Neppure è possibile proiettare la sensibilità ' ecologica ' — cioè il concetto di protezione dell'ambiente (65) — dei nostri giorni nel provvedimento del 1810 sulle immissioni (66); nè scorgere in esso il nucleo originale del dibattito sui temi dell'impatto ambientale e sui tentativi, recenti, fatti dall'industria inquinante per introdurre tecniche di ' autoresponsabilità' (67).

La ricostruzione storica delle ragioni di politica legislativa che hanno dato forma al decreto del 1810 mostra, ampiamente, come a prevalere siano state le preoccupazioni ' industrialiste ' e l'esigenza di assicurare una ' protezione ' amministrativa ad un'industria — in special modo quella chimica — dalle ancor fragili radici.

Il decreto del 1810 riveste una vocazione ' dinamica ' che troverà eco nella cultura giuridica francese; vocazione che comincia allora a muovere i primi incerti passi, lungo un percorso accidentato. Il modello dell'autorizzazione amministrativa sconta l'ambiguità di una duplice natura: di ' privilegio ', di ' immunità ', propria del diritto amministrativo modernamente inteso e dei discorsi di ' garanzia ' che incidono sul nodo sensibile della soluzione del conflitto di interessi.

La legislazione sulle industrie incomode, insalubri e pericolose

---

LANDIER, *Traité de la législation*, cit., p. VII. La legislazione sugli *ateliers* e, soprattutto, gli orientamenti giurisprudenziali rappresentano una delle immagini del compromesso fra interesse privato e interesse generale, fra prerogative dell'autorità amministrativa e rivendicazioni dei privati, nel più ampio contesto del caratteristico sviluppo del sistema francese di giustizia amministrativa. Su questo, in generale, si rinvia a P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours*, cit., pp. 209ss.

(65) Si vedano i giusti rilievi di P. BRIMBLECOMBE, *Trasformazioni di una minaccia*, cit., p. 156.

(66) Parlare di *Umweltschutzgesetzgebung* (v. I. MIECK, *Die Anfänge*, cit.) a proposito della legislazione del 1810 non sembra del tutto appropriato, anche se legittimo dal punto di vista della ' storia ambientale '.

(67) Cfr., in argomento, F. OST, *L'auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 28(1992), pp. 147-178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si inserisce nel contesto della riflessione sugli statuti proprietari, sull'ordine dei rapporti interproprietari nella fase delicata dell'affermazione delle ragioni ' economiche ' di forme di produzione che suscitano inquietudini e concreti problemi di convivenza. Al riguardo si è giustamente insistito sul fenomeno di « spostamento dell'interesse dai valori della terra a quelli dell'impresa industriale » che riuscirà, con esiti tali da non autorizzare troppo facili semplificazioni (68), ad ottenere, ma nell'ambito di una lunga parabola temporale, la necessaria autonomia di tutela e di ' privilegio ', pur restando nella sfera dell'universo proprietario del *code* napoleonico (per ricordare il complesso normativo che è diventato, non senza forzature, il paradigma della concezione borghese dei fatti giuridici).

La dialettica fra ' proprietà statica ' e ' proprietà dinamica ' — per usare formule problematiche dal punto di vista definitorio (69), ma efficaci sotto il profilo espressivo e utili come schema per un primo, approssimativo, approccio ricostruttivo col tema dei rapporti proprietari nella Francia del XIX secolo — deve essere tuttavia considerata nel contesto di una più puntuale riflessione storica sulla fase in cui il sostegno all'industria si serve del modello individualistico di proprietà munito di una solida struttura unitaria (70).

Non v'è dubbio che la presunta centralità proprietaria nel sistema giuridico vada anche riguardata dal punto di vista delle tecniche di tutela degli interessi proprietari e delle loro trasformazioni (71). Appare necessario, però, contestualizzare più efficace-

---

(68) Sono ben note le pagine di S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, ora nella raccolta di saggi *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 130ss.

(69) F. NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, E.S.I., 1979, p. 119, scrive che « È strano che la rilettura dell'art.844 c.c. non abbia — almeno nella sostanza — smosso il luogo comune ripetuto spesso ovunque si tratti del tema delle immissioni, secondo cui la normativa in parola, addirittura esemplificativamente, consente di verificare la prevalenza della proprietà c.d. dinamica sulla proprietà c.d. statica ».

(70) S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale*, cit., p. 132.

(71) F. NAPPI, *Le regole proprietarie*, cit., pp. 61-62, discutendo del valore paradigmatico dell'esperienza legislativa dottrinale e giurisprudenziale avente per oggetto la disciplina degli stabilimenti incomodi, insalubri e pericolosi e delle tecniche volte a tutelare il proprietario che subisce le immissioni — con riferimento all'impostazione di Rodotà (*Proprietà e industria: conflitti e tecniche di risoluzione*, in *Il terribile diritto*, cit.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente le ambiguità delle scelte legislative entro il dibattito della prima metà del XIX secolo sul rapporto fra proprietà ' industriale ' e ' proprietà del codice '. È forse superfluo accennare alla discussione, a cavaliere dei due secoli, sulla *propriété mobilière*, che vede impegnati personaggi come Roederer o Lenoir-Laroche. Sono ancora interventi sporadici e che tuttavia registrano le aspirazioni e le rivendicazioni di forze economiche e sociali ' emergenti '. Il *Traité d'économie politique* di Jean-Baptiste Say è, a tal proposito, significativo. « L'économie politique des entrepreneurs est constituée — scrive con enfasi Edgar Allix — et va prendre la place de celle des propriétaires » (72).

L'intersezione fra cultura giuridica, ' industrialismo ' e pratiche amministrative deve essere segnalata; coglierne taluni aspetti aiuta a comprendere la sedimentazione e a evidenziare le basi ideologiche di un dibattito che trova nella legislazione del 1810 un primo spunto di riflessione.

Dal secondo decennio dell'Ottocento si prende a parlare, in termini programmatici, di *industrie*, di ' preminenza ' delle classi produttive sulle classi ' oziose ' della società, nell'alveo di una polemica che ha più lontane ascendenze. Dalle pagine di periodici — che ebbero vita difficile, tra censure e persecuzioni giudiziarie — come

---

pp. 135-157) — osserva: « È innegabile che è ancora nell'ottica proprietaria che si realizza la *Internalisierung* delle diseconomie esterne prodotte dall'attività industriale, ma pare eccessivo affermare che la proprietà rimane al « centro del sistema giuridico », allorchè la tutela dell'interesse proprietario non si realizza più attraverso le modalità tipiche della *property rule* ma nella forma della *liability rule*: quando, in altri termini, l'interesse del proprietario non è assistito dalla sua tipica forma di tutela, ma riceve tutela soltanto ai fini di addossare all'attività industriale le diseconomie esterne che produce. Al « centro del sistema giuridico » pare ora collocarsi la classe imprenditoriale che poi si mostrerà essa stessa interessata ad un pieno risarcimento dei danni prodotti, in quanto una rapida e larga *compensation* della generalità dei danneggiati indebolisce la domanda di innovazioni e controlli intesi a ridurre le potenzialità di danno dell'impresa. Bisogna allora sottolineare che dalla disciplina francese del 1810 emerge un « diritto all'esercizio dell'attività industriale autorizzata », temperato, per così dire, nelle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, dall'obbligo di risarcire i danni arrecati ».

(72) E. ALLIX, *La rivalité entre la propriété foncière et la fortune mobilière sous la Révolution*, in *Revue d'histoire économique et sociale*, 1913, p. 338. Di Allix si veda anche *J.-B. Say et les origines de l'industrialisme*, in *Révue d'économie politique*, 4(1910), pp. 303-313 e 5(1910), pp. 341-363.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il *Censeur* (73), l'*Industrie* (74), il *Censeur européen* (75), e dalla metà degli anni Venti, il *Producteur* (76), viene portata avanti una battaglia coraggiosa per l'affermazione delle istituzioni liberali e per il pieno sviluppo delle forze produttive. Parlare di ' industrialismo' (77), nella

---

(73) Il *Censeur*, sottotitolato *Examen des actes et des ouvrages qui tendent à détruire ou à consolider la constitution de l'état*, fu fondato nel dicembre del 1814 da Charles Comte e pubblicato, a partire dal secondo numero, assieme a Charles Dunoyer, sino al 1815. Cfr. E. ALLIX, *La déformation de l'économie politique libérale après J.-B. Say: Charles Dunoyer*, in *Revue d'histoire des doctrines économiques et sociales*, 2(1911), pp. 115-147; E. HARPAZ, *« Le Censeur ». Histoire d'un journal libéral*, in *Revue des sciences humaines*, 11(1964), pp. 137-259; L.P. LIGGIO, *Charles Dunoyer and French classical liberalism*, in *Journal of libertarian studies*, 1(1977), pp. 153-178; R. POZZI, *Gli intellettuali e il potere. Aspetti della cultura francese dell'Ottocento*, Bari, De Donato, 1979, pp. 30ss.; M. AUGELLO, *Charles Dunoyer. L'assolutizzazione dell'economia politica liberale*, Roma, Ateneo, 1979; A. ANTEGHINI, *Stato, governo, società civile nell'opera di Charles Dunoyer*, Genova, Ecig, 1983.

(74) Si tratta dei fascicoli che Claude Henry Rouvroy de Saint-Simon inizia a pubblicare nel 1816 col titolo: *Industrie littéraire et scientifique liguée avec l'industrie commerciale et manufacturière ou Opinion sur les finances, la politique, la morale et la philosophie, dans l'intérêt de tous les hommes livrés à des travaux utiles et indépendants*. Nel 1817, la pubblicazione, finanziata da esponenti di spicco della nobiltà liberale, del capitalismo manifatturiero e commerciale, del *milieu* parigino delle banche, riceve l'intitolazione definitiva *L'industrie, ou Discussions politiques, morales et philosophiques, dans l'intérêt de tous les hommes livrés à des travaux utiles et indépendants*. Cfr. R. POZZI, *Gli intellettuali e il potere*, cit., pp. 35ss.

(75) È il nuovo periodico edito da Comte e da Dunoyer a partire dal 1817 (sottotitolato *Examen de diverses questions de droit public, et de divers ouvrages littéraires et scientifiques, considérés dans leurs rapports avec le progrès de la civilisation*). Si veda E. HARPAZ, *« Le Censeur européen ». Histoire d'un journal industrialiste*, in *Revue d'histoire économique et sociale*, 1(1959), pp. 185-218 e 2(1959), pp. 328-357.

(76) *Le Producteur. Journal de l'industrie, des sciences et des beaux-arts*, pubblicato dal 1825, ebbe fra i suoi collaboratori P. Enfantin, O. Rodrigues, A. Comte, L. Halévy, A. Decaen, J. Allier, J.-J. Dubochet, Adolphe Blanqui, A. Garnier, P.-M. Laurent, Ph. Buchez, P.-I. Rouen, A. Carrel. Sulla rivista e sul movimento sansimoniano si rinvia a M. LARIZZA LOLLI, *Il sansimonismo (1825-1830). Un'ideologia per lo sviluppo industriale*, Torino, Giappichelli, 1976; ID. (a cura di), *Scienza, industria e società. Saint-Simon ed i suoi primi seguaci*, Milano, Il Saggiatore, 1980; si veda, poi, l'efficace sintesi di A.B. SPITZER, *The French Generation of 1820*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1987, in particolare pp. 145-170; per le vicende ulteriori v. A. MARCHETTI, *Il ruolo del sansimonismo nella sviluppo francese dal 1816 al 1870*, in *Il pensiero economico moderno*, 1-2 (1990), pp. 29-60.

(77) Cfr., inoltre, M. AUGELLO, *Il dibattito in Francia su economia e società e la soluzione « industrialista » (1814-1830)*, in *Rassegna economica*, 1(1981), pp. 7-38; M.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fase di costruzione di una dottrina dagli incerti confini, dalle molteplici ramificazioni, risultato dell'impegno di autori molto diversi per orientamenti culturali e temperamento, significa parlare soprattutto della percezione precoce di una prospettiva di cambiamento i cui piani di sviluppo reale e di proiezione ideologica tendono a confondersi (78).

Al di là di differenze sostanziali (79) vi sono indubbi elementi comuni di discussione: l'*esprit d'industrie* come paradigma per classificare ogni attività umana, il talento, la capacità, la *production*, la libertà in campo economico. Il confronto tra ' società di conquista ' e ' società industriale' (80), il sorgere di una storiografia degli ' industriosi ' caratterizzano, poi, una riflessione che avrà modo di irrobustirsi nel corso del XIX secolo.

Tra il primo e il secondo decennio dell'Ottocento i valori e i modi di gestione della proprietà fondiaria sono analizzati, polemicamente, nel quadro delle nuove istanze culturali. Un fitto dibattito

---

BATTINI, *La crisi della società di antico regime e la nascita dell'industrialismo (La letteratura sociale francese fra XVIII e XIX secolo)*, in *Critica storica*, 4(1986), pp. 505-567; Y. LECLERCQ, *Le réseau impossible. La résistance au système des grandes compagnies ferroviaires et la politique économique en France, 1820-1852*, Genève-Paris, Droz, 1987, pp. 74ss.; E.J. HOBSBAWM, *Echi della Marsigliese*, Milano, Rizzoli, 1991, pp. 28ss. Per una puntuale ricostruzione dei percorsi ideologici e delle metamorfosi storiche, tra XVIII e XIX secolo, di *industrie*, cfr. M. FERRARI, *Ideologia, « ismi » e linguaggio politico: « industrie », « industriel », « industrialisme » (1800-1824)*, in *I linguaggi politici*, cit., pp. 385-409.

(78) A. GERSCHENKRON, *Il problema storico dell'arretratezza economica*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 23ss., definisce il sansimonismo una ideologia dell'industrializzazione ritardata. Per una riconsiderazione dei modelli di crescita applicati alla Francia ' industriale ' ottocentesca, si veda la sintesi di T.D. BECK, M.W. BECK, *French notables. Reflections of industrialization and regionalism*, New York, Lang, 1987.

(79) Ben rilevate da R. POZZI, *Gli intellettuali e il potere*, cit., pp. 52-53.

(80) Sulle fonti dell'industrialismo, da Constant a Montlosier, da Say ai primi scritti di Saint-Simon, Thierry, Charles Comte, Dunoyer, si possono tenere presenti, per un primo inquadramento, A. MACCHIORO, *La pedagogia dell'ethos concorrenziale*, in *Studi storici*, 2(1965), pp. 272ss.; G. MAGGIONI, *Le riviste lombarde e il sansimonismo: elementi per un dibattito su proprietà e successione tra il 1825 e il 1848*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 4(1974), pp. 126ss.; M. LARIZZA LOLLI, *Il sansimonismo*, cit.; R. POZZI, *Gli intellettuali e il potere*, cit., pp. 54ss.; M. AUGELLO, *Il dibattito in Francia*, cit.; A. ANTEGHINI, *Stato, governo, società civile*, cit., pp. 31ss.; M. BATTINI, *La crisi della società*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul regime giuridico delle successioni, delle ipoteche, dell'imposta ne è risultato cospicuo. Il problema della rappresentanza politica dell'industria in un regime parlamentare è chiaramente individuato da Saint-Simon (81); i numerosi saggi di discepoli sansimoniani apparsi nel *Producteur* in materia di credito, banca, trasporti, le polemiche di Bazard e di Enfantin sulla disciplina successoria vivacizzano la discussione.

Il dibattito che più ci interessa — anche per meglio comprendere le ambiguità della legislazione sugli *ateliers* e i contraddittorî indirizzi giurisprudenziali — acquista maggiore consistenza nel corso degli anni ' 30 e ' 40 del XIX secolo. Il nodo del rapporto fra ruolo della proprietà terriera e le tecniche della rappresentanza e della partecipazione politica costituisce l'oggetto reale del dibattito e raffigura uno dei volti della società conservatrice postrivoluzionaria, destinato a contrassegnare a lungo la storia francese (82).

Nel 1830 il ginevrino Jean-James Fazy (83), attento osservatore degli avvenimenti francesi, prende in esame, con notevole lucidità, la situazione d'Oltralpe ponendovi al centro la questione della rappresentanza politica. Per Fazy esiste una classe di proprietari di capitali, la sola rappresentata nelle deliberazioni pubbliche, che abusa del proprio potere. Da tale premessa può aver origine un regime industriale « ...dont l'apparence est la protection de la propriété... » (84): apparenza, appunto, perchè la realtà è ben diversa. Lo scrittore svizzero descrive il conflitto di interessi che assegna ai « propriétaires d'anciens capitaux » la parte di « ...ennemis ignorants des nouveaux » (85). Il mutamento dei rapporti di forza segnala

---

(81) H. De Saint-Simon, *Oeuvres complètes de Saint-Simon. Catéchisme politique des industriels. 1824. Vues sur la propriété et la législation. 1818*, Paris, Naquet, 1832, p. 273.

(82) Cfr. A. Cobban, *The Social Interpretation of the French Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1964, tr.it., *La società francese e la Rivoluzione*, Firenze, Vallecchi, 1967, pp. 83ss.

(83) Su questo scrittore radicale (1794-1878) cfr., per i profili biografici, H. Fazy, *James Fazy, sa vie et son oeuvre*, Genève, Georg, 1887.

(84) J.-J. Fazy, *Principes d'organisation industrielle pour le développement des richesses en France. Explication du malaise des classes productives et des moyens d'y porter remède*, Paris, Malher, 1830, p. 31.

(85) « ...le détenteur d'une vieille masure abhorre le constructeur d'une maison

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto concreti e confliggenti siano gli interessi espressi dalle differenti dimensioni proprietarie (86). Le proposte di Fazy — che nel 1828 aveva pubblicato un fortunato saggio sui guasti prodotti dalla gerontocrazia — devono essere lette alla luce della lotta fra vecchio e nuovo, e quindi anche del conflitto generazionale fra padri decrepiti e figli impazienti e ribelli (87).

Questo discorso investe anche la divaricazione fra valori immobiliari e mobiliari percepita come uno dei limiti più evidenti della disciplina codicistica. La *progression industrielle* resterà una chimera fintantochè le garanzie saranno privilegio di una casta di proprietari. Lo sviluppo industriale reclama « la mobilisation générale de toutes

---

neuve, celui qui possède une chute d'eau, ne peut souffrir une machine à vapeur qui fait tourner un moulin sans son secours; le détenteur d'écus déteste le crédit qui avilit la valeur de son capital. Comment la progression industrielle pourrait-elle avancer, lorsque toute la législation est en harmonie avec de semblables préjugés? » (Ivi, pp. 97-98).

(86) Charles Comte aveva osservato, parlando dei ' sacrifici ' che coinvolgevano i diversi interessi presenti nella società (« ou de telle fraction de la société, contre telle autre fraction »), che l'interesse, nell'applicazione concreta di un atto legislativo, è « ...un être très réel; ce sont toujours des personnes qu'il faut frapper, ou dans leurs propriétés, ou dans leurs industries, ou dans leurs moyens d'existence » (*Des garanties offertes aux capitaux et aux autres genres de propriétés, par les procédés des chambres législatives, dans les entreprises industrielles et particulièrement dans la formation des canaux...*, Paris, Delaforest, 1826, p. 20).

L'avvocato François-Charles-Louis Comte (1782-1837) fu perseguito a causa della pubblicazione del *Censeur* (poi *Censeur européen*) e dovette riparare in Svizzera. A Losanna fu professore di diritto naturale. Dal 1826 visse in Inghilterra. Ritornato in Francia — dopo la Rivoluzione di Luglio — venne eletto deputato e, per breve tempo, fu procuratore del re presso il tribunale della Senna. Fu anche membro e poi *secrétaire perpétuel* dell'Accademia delle scienze morali e politiche. Tra le sue opere più importanti si ricordano il *Traité de législation ou Expositions des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*, Paris, Chamerot, 1826-1827, 4 *tomes* e il *Traité de la propriété*, Paris, Chamerot, 1834, 2 *tomes*. Cfr. F. MIGNET, *Charles Comte, notice lue dans la séance publique de l'Académie des Sciences morales et politiques du 30 mai 1846*, in *Notice et portraits historiques et littéraires*, Paris, Charpentier, 1854, pp. 83-114.

(87) Questo profilo è stato indagato di recente da S. LUZZATTO, *Giovani ribelli e rivoluzionari (1789-1917)*, in *Storia dei giovani. II. L'età contemporanea*, a cura di G.Levi e J.-C. Schmitt, Bari, Laterza, 1994, pp. 257ss.; sul carbonaro Fazy e su questa polemica, v. anche A.B. SPITZER, *The French Generation of 1820*, cit., p. 229 e ID., *Old Hatred and Young Hopes: the French carbonari against the Bourbon Restoration*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

les valeurs... » (88). La società di produttori vagheggiata da Fazy si riconosce nella libertà dell'*ordre civil* (89): da conseguire attraverso la modifica dei meccanismi elettorali e il pieno riconoscimento dei diritti politici.

Su questa linea di ' industrialismo legislativo ' — nel clima di speranze innescato dalle *Trois Glorieuses* — troviamo Alphonse Decourdemanche (90), avvocato di fede sansimoniana. Anch'egli denuncia i privilegi della proprietà, condanna una legislazione che è stata concepita « dans le seul intérêt de la propriété contre l'industrie », in modo che questa riceva il più tardi possibile « une protection égale à celle qui est accordée à la propriété » (91). Nella critica al sistema legislativo che perpetua il privilegio attraverso varie forme di tutela della proprietà, Decourdemanche, d'un lato segnala la sopraggiunta inadeguatezza dei codici napoleonici (92), dall'altro guarda alla riforma del regime delle imposte e delle regole elettorali per formare un parlamento che rappresenti al meglio anche gli interessi delle classi industriali (93).

Altri scrittori, Stéphane Flachat, Michel Chevalier, Pierre Le-

---

(88) J.-J. FAZY, *Principes*, cit., p. 112.

(89) Ivi, p. 233: « En un mot, la France, libre politiquement, ne l'est point dans l'ordre civil, et par suite ne l'est pas du tout, car cette fâcheuse position ne conduit, à la tête des affaires, que des hommes étrangers aux idées d'un véritable état de cité ». Più avanti: « Il faut bien en convenir, la France politique est mauvaise parce que la France civile est constituée sur une fausse base; si le corps électoral était composé, avec les mêmes conditions, d'une masse de citoyens parvenus à la fortune par les moyens d'une élection industrielle sur les bases que nous avons indiquées, jamais on ne serait égaré dans les questions sans utilité et pleines de danger qui agitent la France depuis quatorze ans » (p. 281).

(90) Sulla discussione italiana delle idee di Decourdemanche (1797-1871) in tema di proprietà e di successioni cfr. G. MAGGIONI, *Le riviste lombarde e il sansimonismo*, cit., pp. 134-135.

(91) *Aux Industriels. Lettres sur la législation dans ses rapports avec l'industrie et la propriété, dans lesquelles on fait connaître les causes de la crise actuelle et les moyens de la faire cesser*, Paris, Guiradet, Au Bureau du Globe, 1831, p. 2.

(92) Ivi, p. 37: « Nous considérons les codes publiés par Napoléon comme la base de sa puissance. Mais depuis ces codes la France a fait encore de nouveaux progrès. L'industrie a pris un immense développement: elle se présente comme destinée à exercer une grande influence politique ».

(93) Ivi, pp. 69ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

roux — e da diversa posizione lo ' spiritualista ' Lerminier (94) — insistono sul tema della ' protezione ' quale presupposto per il definitivo sviluppo dell'industria. L'esigenza di riforma della legislazione è posta in primo piano. Allo strumento giuridico, nel processo di ricomposizione politica e sociale, si assegna un ruolo importante: di trasformazione della realtà secondo i democratici (95), di riorganizzazione ' positiva ' dell'umanità per Auguste Comte (96), più in generale di mezzo per assecondare e registrare i cambiamenti.

Nel 1836, un « savant de la politique » (97), Pellegrino Rossi, nel periodo della sua ' terza vita ' (98), legge in più tornate, davanti al prestigioso consesso dell'*Académie des sciences morales et politiques*, una memoria dal titolo *Quelques observations sur les rapports de notre droit privé avec l'état actuel économique de la société* (99). Rossi, dotato di una non comune capacità di comprendere il ' momento ' delle questioni che animano la cultura giuridica economica e politica, non soltanto francese, si propone, con la consueta sua chiarezza, di fare il punto — lui che era stato sempre attento al rapporto

---

(94) « ...le temps du travail, de l'industrie commence; l'idée et le respect de la propriété foncière doivent faire place à l'idée et au respect de la production » (*Philosophie du droit*, Paris, Paulin, 1831, t.I, p. 150). Su Lerminier cfr. J.-L. DUMAS, *La philosophie du droit au XIXe siècle: Lerminier*, in *Archives de philosophie du droit*, 17(1972), pp. 375-379.

(95) Cfr. F. BRACCO, *Dal legislatore rousseiano alla Assemblea legislativa*, in *L'educazione giuridica. V. Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t.V, *Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, E.S.I., 1988, pp. 368-372.

(96) Si veda R. MARRA, *La proprietà in Auguste Comte. Dall'ordine fisico alla circolazione morale della ricchezza*, in *Sociologia del diritto*, 2(1985), pp. 21-53.

(97) Così lo definisce — per evidenziarne la complessa personalità — M. SBRICCOLI, *Pellegrino Rossi et la science juridique*, in *Des libertés et des peines*, *Actes du Colloque Pellegrino Rossi organisé à Genève, les 23 et 24 novembre 1979*, Genève, Georg, 1980, p. 183.

(98) Naturalmente ci riferiamo al periodo francese della vita dell'esule italiano (cfr. R. BUCCELLA, *Le quattro vite di Pellegrino Rossi*, in *Nuova rivista storica*, 1929, pp. 271-290; M. RUINI, *Profili di storia. Le vite di Pellegrino Rossi*, Milano, Giuffrè, 1962). Nel 1833 Rossi ricopriva la cattedra di economia politica al *Collège de France*. L'anno seguente fu nominato professore di diritto costituzionale presso la Facoltà di diritto di Parigi.

(99) La memoria sarà poi pubblicata col titolo *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*. L'edizione utilizzata è quella dei *Mélanges d'économie politique, de politique, d'histoire et de philosophie*, Paris, Guillaumin, 1867, t. II, pp. 1-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fra diritto e *civilisation* (100) — sulla situazione del diritto civile del codice di fronte ai cambiamenti dell'economia e della società.

Come è stato osservato, non bisogna « fraintendere l'audacia revisionistica della tesi che vi è sostenuta, che mira sì a rinnovare il Codice Napoleone, ma solo per superare vittoriosamente la polemica che in quegli anni gli muovevan contro i sansimoniani e le scuole socialiste... » (101). Rossi, infatti, pone l'accento sulla crisi di funzionalità della parte ' materiale ' del codice che disciplina i beni, i rapporti modificativi, le garanzie. L'origine fisiocratica di una buona parte della codificazione è innegabile: anzitutto vengono la terra e i suoi prodotti. Il fenomeno di rilievo del suo tempo è, tuttavia, « l'accroissement de jour en jour plus considérable de la richesse mobilière » (102). E, malgrado ciò, le leggi civili frappongono ostacoli di varia natura alla ' mobilizzazione ' della proprietà fondiaria e alla circolazione dei capitali.

Pellegrino Rossi insiste sulle ragioni del *désaccord* tra alcune parti del sistema di diritto civile e taluni bisogni nuovi della società. « Cependant nos codes datent d'hier. Ils sont l'expression d'une

---

(100) Basti pensare a saggi importanti come *De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science* (1820), in *Mélanges*, cit., t. II, pp. 290-407 o *Sur les principes dirigeants des lois*, ivi, pp. 408-427.

(101) P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, E.S.I., 1967, pp. 58-59. Sul ' revisionismo ' codicistico, nel contesto della critica avanzata dai settori del liberalismo economico, si vedano le pagine di C.-A. COLLIARD, *La machine et le droit privé français contemporain*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 117; A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht*, cit., pp. 131-149, pp. 179-184. Cfr., inoltre, C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, Laterza, 1979, p. 264 e D.R. KELLEY, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, Princeton University Press, 1984, pp. 124-125.

(102) P. ROSSI, *Observations*, cit., p. 8. I rilievi di Rossi (così come di altri scrittori) diventeranno — pur entro coordinate cronologiche, ragioni e stili argomentativi diversi — patrimonio discorsivo anche di una buona parte della civilistica italiana di fine Ottocento. Il pensiero corre, per esempio, al Cimbali de « la nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali » ma anche alle più tarde — e ' inconfondibili ' — riflessioni di Polacco. Sul punto si veda P. GROSSI, *« Il coraggio della moderazione » (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18(1989), pp. 197-251; ID., *Interpretazione ed esegesi (Polacco « versus » Simoncelli)*, in *Rivista di diritto civile*, 35(1989), parte I, pp. 214-215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

société nouvelle; ils n'ont pas précédé, mais suivi et résumé la grande revolution; ils sont l'oeuvre d'hommes éminents: d'où vient donc ce désaccord, ce manque d'harmonie? » (103). Intellettuale eclettico, il futuro pari di Francia sa bene che i fatti — morali, politici, economici — non si svolgono armonicamente. Ben lontano dagli eccessi esegetici, Rossi vede nel codice napoleonico l'insigne opera legislativa, ma non il ' monumento ' insuscettibile di riforma (104). Apologista della borghesia, egli riconosce al codice conquiste di enorme importanza: l'affermazione dell'eguaglianza civile, il consolidamento dell'unità nazionale.

Il punto critico è un altro. Alla nascita del codice la rivoluzione sociale s'era compiuta, « la révolution économique était loin du terme de sa carrière » (105). Non stupisce, quindi, la centralità proprietaria. Il fatto è che in trenta anni le cose sono cambiate sensibilmente. « Que sommes-nous aujourd'hui? Un pays agricole

---

(103) P. ROSSI, *Observations*, cit., p. 15.

(104) Questo atteggiamento di Rossi (si veda, su questo punto, P. CARONI, *Pellegrino Rossi et Savigny. L'Ecole historique du droit à Genève*, in *Des libertés et des peines*, cit., pp. 15-40) — come di altri intellettuali qui ricordati — se non è di vera e propria ' dissidenza ' (questa parola è utilizzata da A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1975, pp. 60ss. (il lavoro di Arnaud è stato recentemente tradotto, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, con un capitolo di aggiornamento dell'autore, presentazione di R. Ajello, Napoli, Jovene, 1993) per accomunare le diverse correnti non esegetiche), segnala tuttavia sicure affinità con le istanze scientifiche della cosiddetta *Ecole de la Thémis*. Cfr. J. BONNECASE, *La « Thémis » (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan. Introduction générale à l'histoire de la science du droit privé en France de 1789 à 1830*, Paris, Sirey, 1914; A.-J. ARNAUD, *Les juristes*, cit., pp. 65ss.; D.R. KELLEY, *Historians and the Law*, cit.; Ph. REMY, *La Thémis et le droit naturel (1819-1831)*, in *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 4(1987), pp. 145-160; per i rapporti intrattenuti da Rossi — sin dagl'anni ginevrini — con Savigny e la Scuola storica del diritto, v. O. MOTTE, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983; ID., *Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, Bouvier Verlag, 1989-1990, *voll.*2; A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht*, cit. Sulla rappresentazione del codice come *monumento* ' intangibile ', v. le riflessioni di M. SBRICCOLI, *Strutturalismo e storia del diritto privato. Le regole del gioco nel gioco delle regole*, in *Politica del diritto*, 4-5(1973), p. 551. Sul *code Napoléon* come « lieu de mémoire », v. J. CARBONNIER, *Le code civil*, in *Les lieux de mémoire*, a cura di P. Nora, II, *La Nation*, Paris, Gallimard, 1986, pp. 293-315.

(105) P. ROSSI, *Observations*, cit., p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qui a pris dans le sol son point d'appui pour s'élancer vivement vers l'industrie, vers le commerce, qui a réuni dans sa main les trois forces productives et travaille puissamment à une rénovation économique de la société » (106).

Nel solco della storiografia dottrinaria, secondo l'immagine del ruolo dirigente dei ceti ' dinamici ' dell'età orleanista (107), Rossi denuncia l'invecchiamento del codice di fronte ad una rinnovata economia politica e a una realtà industriale in via di trasformazione. Il ' diritto dell'economia ' si è sviluppato al di fuori del codice (108), ma traendo forza e vitalità dai grandi principî della codificazione (109). Non v'è dubbio che « ...la richesse mobilière... aspire

(106) Ivi, p. 20.

(107) « L'élevation de la bourgeoisie est le fait le plus saillant de notre civilisation, et celui que nul le conteste... » scrive altrove Rossi (*De l'essai sur la population par Malthus*, in *Mélanges*, cit., t.I, pp. 334-335).

(108) Cfr. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J, 1951, 2 ed., pp. 17ss. A.-J. ARNAUD, *Les juristes*, cit., pp. 98-99, distingue, in questa fase storica, fra giuristi statici — i civilisti ' puri ' — e giuristi dinamici. Questi « sont ceux des disciplines prospectives, celles qui sont en rapport direct avec l'évolution socio-économique et politique: droit commercial, droit du travail, droit industriel, droit public — l'Etat jouant un rôle d'intervention et de protection de plus en plus grand... ».

(109) Osserva S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale*, cit., p. 128, che se è del tutto evidente il rispecchiamento, nel codice del 1804, delle strutture di una società agricola, nondimeno sarebbe sbagliato pensare che « ...quel modello abbia successivamente costituito il metro adottato dallo stesso legislatore francese per i suoi interventi sulla proprietà ». Il codice napoleonico — come nel caso della nozione di proprietà — presenta una « forza espansiva ben maggiore dello schema legislativo... » (parla di fenomeno di estensione del concetto originario di proprietà anche F. TERRÈ, *L'évolution du droit de propriété depuis le code civil*, in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1(1985), p. 35). Il radicamento ' rurale ' del codice napoleonico — segnalato diffusamente (si veda, per esempio, A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 173ss. e ID., *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 83) — non ci pare, di per sé, in contraddizione (diversamente C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 36-37) con la tesi sostenuta da J. MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini*, 2(1973), pp. 111-145. Questi ha parlato del sistema dei codici napoleonici come di un sistema coerente, organico, che per il suo orientamento fondamentale, per i suoi principî generali, per l'organizzazione degli istituti e per le regole poste, sarebbe tipico di una società capitalista, anticipatore quindi in una Francia che capitalista non era ancora. La tesi di Maillet, seppure con forzature

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

évidemment à se placer en première ligne... » (110). L'obiettivo è quello di ristabilire l'armonia fra il diritto civile e la situazione economica. Senza mettere sottosopra il codice. Per Rossi sono sufficienti « quelques lois partielles qui puissent s'encadrer dans ce grand ensemble... » (111).

---

ed eccessiva sopravvalutazione di taluni elementi, è ' compatibile ' con l'idea di Rossi della continuità dei principî, con l'idea di un codice, invecchiato rispetto all'*état économique de la société*, ma che serba in sé le categorie e gli strumenti — individualismo, autonomia della volontà, libertà, eguaglianza, ecc. — utili per superare i limiti stessi della codificazione (per una tesi più sfumata, cfr. P. BARCELLONA, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, Jovene, 1987, p. 231). Sul punto è di diverso avviso J. GOY, *Législation révolutionnaire et Code civil, frein ou accélérateur des activités industrielles capitalistes?*, in *La Révolution française et le développement du capitalisme*, *Actes du Colloque de Lille*, 19-21 nov. 1987, in *Revue du Nord*, 5(1989), pp. 185-194; ID., *Codice civile*, in *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, a cura di F. Furet e M. Ozouf, Milano, Bompiani, 1988, p. 455).

A proposito dell'immagine del codice civile come ' codice dei proprietari ' c'è chi ha avanzato l'ipotesi suggestiva secondo cui il « disinteressamento da parte del legislatore fu condizione di sviluppo della proprietà mobiliare, agli interessi della quale, più che il Codice civile, provvide il proclamato principio della libertà del lavoro e la soppressione del regime corporativo ». In tal senso, G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1959 (1911), pp. 192ss.; inoltre G. RIPERT, *Aspects juridiques*, cit. e più recentemente J. CARBONNIER, *Le code Napoléon en tant que phenomène sociologique*, in *Revue de la recherche juridique*, 3(1981), pp. 329-330, il quale afferma: « C'est peut-être oublier que protéger la fortune mobilière, c'est-à-dire l'entourer de formalités dans sa circulation, son aliénation, n'est peut-être pas la favoriser. Le génie économique de la fortune mobilière, c'est plutôt la circulation rapide, dépouillée de formes, et jusqu'à un certain point affranchie du droit. Si bien, que l'on peut se démander, si, en semblant ignorer la fortune mobilière, le législateur de 1804 n'entendait pas, en réalité, lui donner plus de force... ». Ci pare che la tesi del codice invecchiato, ma comunque potenziale ' animatore ' dello sviluppo economico, sia più aderente agli svolgimenti storici tratteggiati. La tesi della *deregulation* liberistica (proclamazione della libertà del lavoro e soppressione del regime corporativo) — voluta o meno che sia — possiede forse un qualche valore interpretativo generale, ma non aiuta certo a comprendere le ragioni dell'istanza proveniente dagli economisti liberali. Sono questi — Rossi, Chevalier, Wolowski — a rivendicare protezione, tutela, garanzia per lo statuto proprietario dell'industria. La polemica è rivolta contro il privilegio ingiustificato, contro gli ostacoli frapposti alla libera disposizione della proprietà. Il linguaggio, non v'è dubbio, testimonia della contraddizione di fondo: necessità di consolidare lo statuto giuridico dell'industria, e, una volta che ciò sia avvenuto, poter disporre di un più libero mercato.

(110) P. ROSSI, *Observations*, cit., p. 22.

(111) Ivi, p. 23. La soluzione prospettata da Rossi è destinata ad avere largo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'analisi di Rossi — per certi versi chiarimento e sviluppo di anticipazioni romagnosiane (112), per altri della cultura giuridica di matrice ' industrialista ' — ebbe un'eco considerevole. Si può ricordare il giudizio lusinghiero espresso da Louis Wolowski (113). Sotto un titolo modesto — osservò — si celava un lavoro che aveva mostrato « un nouvel horizon aux méditations des jurisconsultes » (114). Rossi, inoltre, era riuscito a cogliere il pericolo insito nella

---

seguito presso i giuristi della seconda metà del secolo. In particolare — se si allarga il ' confronto ' all'Italia — colpisce il « coraggio della moderazione » nelle scelte operate da Rossi e la ' ripresa ' di siffatto atteggiamento da parte di taluni giuristi italiani. È da tenere presente, segnatamente, l'itinerario speculativo di Vittorio Polacco: P. GROSSI, *« Il coraggio della moderazione »*, cit., pp. 219-220.

(112) Il collegamento è colto da P. UNGARI, *L'età del codice civile*, cit., p. 38. Sulla fortuna dello scritto di Rossi nella cultura italiana cfr. sempre P. Ungari, cit. e A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 52.

(113) François-Michel-Raymond-Louis Wolowski (1810-1876), rivoluzionario polacco in esilio a Parigi dove studiò diritto. Avvocato alla *cour royale* parigina dal 1834, anno della sua naturalizzazione francese, svolse anche una cospicua attività giornalistica. Fondatore della *Revue de législation et de jurisprudence* (su questa rivista, cfr. M. HAURIOU, *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII*, Paris-Nancy, Berger-Levrault, 1893, p. 15; J.-L. MESTRE, *Des recherches sur l'histoire de la « Science du droit administratif » en Europe*, in *Annuaire européen d'administration publique*, 6(1983)), diede poi vita al *Journal général des tribunaux*, collaborò alla *Revue de droit français et étranger* e al *Siècle*. Di Wolowski bisogna ricordare anche l'interesse precoce per il moderno diritto industriale francese. Risale al 1838 uno studio sulle società per azioni (*Des sociétés par actions*); nel 1839 ottenne — grazie all'intervento di Hippolyte Passy — la cattedra di legislazione industriale al *Conservatoire des Arts et Métiers*. Del 1840 è un altro saggio in materia di brevetti di invenzione e di marchi di fabbrica. Economista liberale, si distinse nel dibattito sull'*organisation du travail* entrando in polemica con Louis Blanc. Repubblicano moderato fu eletto alla Costituente e all'Assemblea Legislativa. Abbandonò la politica dopo il colpo di stato di Luigi Napoleone. Nel 1855 entrò a far parte dell'*Académie des sciences morales et politiques*. Deputato nel 1871, fu nominato senatore nel 1875. Cfr. E. LAVASSEUR, *La vie et les travaux de Louis Wolowski*, Paris, Conservatoire des Arts et Métiers, 1877; J. RAMBAUD, *L'oeuvre économique de Louis Wolowski*, Paris, Larose, 1882; M. LUFTALLA, *Louis Wolowski ou le libéralisme positif*, in *Revue d'histoire économique et sociale*, 54(1976), pp. 169-184; O. MOTTE, *Savigny et la France*, cit.; ID., *Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle*, cit., t. 2, pp. 1687-1964.

(114) L. WOLOWSKI, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 4(1836), p. 246. Questo autore ritornò sul tema in *Cours de législation industrielle. Introduction*, in *Archives de droit et de législation*, 3(1840), pp. 2-3 e in *Observations sur les réformes à apporter à notre régime hypothécaire*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 16(1842),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formazione di una ' feudalità ' finanziaria a vocazione parassitaria (115).

L'esigenza di armonizzazione fra diritto civile e diritto dell'economia fece egualmente riconoscere a Michel Chevalier, intento a combattere nel 1848 le teorie sull'*organisation du travail*, la fondatezza dell'analisi di Rossi (116).

Gli argomenti addotti da autori come Rossi, Wolowski o Chevalier, al contempo giuristi ed economisti (117), mettono in chiaro,

---

pp. 443-444: « La situation économique de la France s'est profondément modifiée depuis quarante ans. La fortune mobilière dont les rédacteurs du Code se sont peu occupés, s'est rapidement accrue; elle commence à balancer en importance la fortune immobilière, à laquelle tout se trouve sacrifié... ». Tale *topos* argomentativo potrà consolidarsi, definitivamente, negli anni del Secondo Impero. Ricordiamo, per esempio, E. ACOLLAS, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique...*, Paris, Librairie centrale, 1866; A. BATBIE, *Révision du Code Napoléon (Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques, les 23 et 30 décembre 1865)*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 28(1866), pp. 125-162 (cfr. Ph. REMY, *Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXe siècle*, in *Annales d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 2(1985), p. 104), seguita dalle osservazioni di Duvergier, ivi, pp. 308-364 e da una replica di Batbie, pp. 116-167; A. BUCHERE, *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics...*, Paris, Marescq, 1869, p. VIII: « Nos codes, promulgués à une époque où nul ne pouvait prévoir l'importance prochaine que devait acquérir la richesse mobilière, contenaient à peine les bases d'une réglementation applicable aux grandes Sociétés industrielles ». Su questi aspetti, v. ampiamente E. HOLTHOFER, *Frankreich*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t.III, parte I, München, Beck, 1982, pp. 885 ss.

(115) Charles Dupin, intervenuto nella discussione, non condivideva i timori espressi da Rossi. Per Dupin il fatto nuovo era l'ascesa della « classe moyenne, dont l'influence augmente chaque jour... », capace di rendere più stabile la società, autentica forza di attrazione per il proletariato più dinamico. Cfr. L. WOLOWSKI, in *Revue de législation*, cit., p. 252.

(116) M. CHEVALIER, *Lettres sur l'organisation du travail, ou études sur les principales causes de la misère et sur les moyens proposés pour y remédier*, Paris, Capelle, 1848, p. 379. Sulla complessa personalità e la vasta opera di Chevalier si rinvia a J. WALCH, *Michel Chevalier économiste saint-simonien. 1806-1879*, Paris, J. Vrin, 1975; J.-B. DUROSELLE, *Michel Chevalier saint-simonien*, in *Itineraires. Idées, hommes et nations d'Occident (XIXe et XXe siècle)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1991, pp. 125-158.

(117) Cfr. Y. BRETON, *Les économistes, le pouvoir politique et l'ordre social en France entre 1830 et 1851*, in *Histoire, économie et société*, 4(1985), pp. 233-252. Non deve essere stata casuale la scelta di Rossi di presentare il suo *Mémoire* in una sede, l'*Académie*, che garantiva un uditorio formato non soltanto da giuristi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come si diceva, la necessità di una più rigorosa contestualizzazione storica. I *tòpoi* industrialisti della cultura giuridica francese si caratterizzano per la compresenza di temi e suggestioni eterogenei e di origine diversa, pur nell'ambito di una linea comune di indirizzo. Alcune ragioni del dibattito — cospicuo nell'ultimo decennio del regime orleanista — non è difficile scorgerle, anche confusamente, alle origini del decreto del 1810 (e di altri innesti legislativi di natura ' speciale ', benchè nella sfera di legittimità proprietaria del *code Napoléon*). La radice ' industrialista ' — nel senso plurivoco del termine — ne costituisce la *ratio* normativa; ma è, tuttavia, una radice che stenterà a svilupparsi e a prendere forma, ad acquisire autonomia di statuto, come pure il dibattito successivo sembra confermare.

Se il modello di riferimento è — e non potrebbe essere diversamente — lo schema concettuale dell'assolutezza proprietaria, nondimeno la particolare natura delle attività industriali, specie di quelle ' inquinanti ', apporta, nel più lungo periodo, elementi di novità, sia nella considerazione funzionale del concetto sia, soprattutto, nella pratica dei rapporti giuridici.

8. *' Troubles de voisinage '. Scienza medica e cultura giuridica nella rappresentazione dei conflitti di vicinato.*

Alain Corbin ha ben insistito, a proposito del decreto del 1810, sull'autorità dimostrata dalla scienza medica nell'imporre un *apprentissage de la tolérance* (118). I *Conseils de Salubrité* (119), che per tempo operano nelle più importanti città francesi, cercano anche di tranquillizzare, di attenuare i timori e i dubbi delle popolazioni di

(118) A. CORBIN, *Le miasme*, cit., pp. 155ss. Sulla ' fallibilità ' dei dati tecnico-scientifici e sul rapporto difficile di questi con la scienza giuridica e le leggi ' arcaiche ', si vedano le penetranti osservazioni di M.S. GIANNINI, *« Ambiente »: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 13(1973), I, pp. 41ss.

(119) A.N., F14 10003, 1840, *Rapports généraux des travaux du Conseil de salubrité, pendant les années 1829 à 1839 inclusivement. Publiés par ordre de M. le Conseiller d'Etat, préfet de police*, Paris, Imprimerie de Lottin de Saint-Germain, 1840. Notevole attenzione è dedicata dal *Conseil* parigino — formato da personaggi come Villermé, Parent-Duchâtelet, Esquirol — al problema degli *établissements*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fronte a fenomeni nuovi, ad odori e vapori che provengono da lavorazioni non tradizionali.

È una scienza medica che, all'occorrenza, interviene per convalidare le tecniche di trasformazione ' industriale ' dei rifiuti che producono effetti fastidiosi, se non pericolosi, per gli abitanti del ' vicinato '.

L'immondezzaio parigino di Mountfauçon (120) è il simbolo di una incipiente filosofia della modernità urbana dei rifiuti, luogo votato all'accumulo di sporcizie e all'artificiale confinamento dell'*insalubrité*. Parent-Duchâtelet, disegnando una topografia dei ' mali ' urbani, esprime un giudizio sugli *chantiers d'équarissage* (121), si dice favorevole all'abolizione di Mountfauçon, piaga ripugnante e fetida (122), e all'introduzione di processi di vaporizzazione degli scarti animali (123). Non esita a combattere anche i ' pregiudizi medici ' di quella che non gli sembra essere la *sanior pars* della categoria. Parent-Duchâtelet accoglie il progetto di installare lungo la Senna una fabbrica di smaltimento di carcasse di animali. I comuni vicini però non si fidano delle assicurazioni: guai a creare « un charnier véritable » (124) e convivere con la putrefazione, col pericolo di

---

(120) Per i progetti riguardanti la « voirie de Mountfaçon » dall'età rivoluzionaria al 1811 v. A.N., F8 95. Cfr., in particolare, L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, Plon, 1958, tr. it. di S. Brilli Cattarini, *Classi lavoratrici e classi pericolose. Parigi nella Rivoluzione industriale*, Bari, Laterza, 1976, pp. 273-278; inoltre, P. SADDY, *Le cycle des immondices*, cit., pp. 208ss.; A. FAURE, *Classe malpropre, classe dangereuse? Quelques remarques à propos des chifonniers parisiens au XIXe siècle et de leurs cités*, in *Recherches*, n.speciale *L'haleine des faubourgs. Ville, habitat et santé au XIXe siècle*, 29(1977), pp. 79-102; R.-H. GUERRAND, *Les lieux. Histoire des commodités*, Paris, La Découverte, 1985, pp. 95-100.

(121) Luoghi ove si squartavano gli animali non destinati ad uso alimentare e utilizzati, per grasso, pelle, ossa, corna, nella trasformazione industriale. Cfr. A. PARENT-DUCHATELET, *Recherches sur les chantiers d'équarrissage de la ville de Paris*, 1826 e *Les chantiers d'équarrissage de la ville de Paris envisagés sous le rapport de l'hygiène publique*, 1832. Su questo medico parigino si rinvia a L. LACCHÈ, *Hygiène publique*, cit., p. 120.

(122) A. PARENT-DUCHATELET, *Rapport sur les améliorations à introduire dans les fosses d'aisances, leur mode de vidange et les voiries de la ville de Paris*, 1835. Su questi aspetti v. A. CORBIN, *Le miasme*, cit., pp. 131ss.

(123) In *Des obstacles que les préjugés médicaux apportent dans quelques circonstances, à l'assainissement des villes et à l'établissement de certaines manufactures*, Paris, Renouard, s.d.

(124) A. PARENT-DUCHATELET, *Des obstacles*, cit., p. 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

epidemie e di facili contagi; « ...la haute cheminée dont on parle ne servira qu'à répandre au loin des émanations âcres, graisseuses, fades, naisséuses, abondantes, infectes et pernicieuses de l'établissement » (125). Senza contare l'apparizione di una « ...population dégoûtante, malpropre, horrible à voir, horrible à sentir. Il ne restera plus pour ressources aux habitants et aux propriétaires de terrains, que de vendre leurs domaines à ces chifonniers... » (126).

Parent-Duchâtelet critica severamente i sedicenti medici, farmacisti, ' scienziati ' che seminano soltanto zizzania, annunciando febbri maligne, malattie tifoidi, gravi fenomeni sociali. Li accusa di egoismo e di falsa scienza: di nascondersi dietro affermazioni nebulose e indimostrate pur di salvaguardare interessi meschini. Eppure è Parigi che fa vivere tutti i *villages* vicini, comprandone i prodotti, prendendo in affitto le *maisons d'agrément*. « Il faut donc, en raison des avantages qu'il procure, tolérer quelques-uns des inconvénients qu'il peut offrir » (127).

Un altro medico, Pierre Adolphe Piorry, riprende le osservazioni di Parent-Duchâtelet. I vapori, le esalazioni possono essere pericolose, in qualche caso, per le abitazioni vicine. Ma quasi sempre si enfatizza la gravità degli inconvenienti (128). È bene allontanarsi dalle grandi fabbriche che producono sostanze perniciose (129); ma non bisogna cadere in esagerazioni ridicole, né colpire l'industria con « appréhensions chimériques » (130).

---

(125) Ivi, p. 18.

(126) Ivi, pp. 18-19.

(127) Ivi, p. 55.

(128) « ...les vapeurs métalliques, arsenicales, mercurielles, etc., ne peuvent rester longtemps dans l'air, à la température extérieure sans se condenser, et par conséquent, elles ne sauraient être nuisibles aux habitations vicines... Quant aux émanations végétales, telles que les routoirs, la question est encore en litige. M. Parent a publié un travail remarquable, duquel il résulterait que leur voisinage, pour les habitations, est bien moins préjudiciable qu'on ne l'a dit... » (P.-A. PIORRY, *Des habitations et de l'influence de leurs dispositions sur l'homme, en santé et en maladie*, Paris, Pourchet, J.-B. Baillière, 1838, p. 35).

(129) Sull'allontanamento degli *ateliers incommodes et dangereux* dai centri sovraffollati v., anche, E. SAINTE-MARIE, *Lectures relatives à la police médicale, faites au Conseil de Salubrité de Lyon et du département du Rhône...*, Paris, J.-B. Baillière, 1829, p. 28.

(130) P.-A. PIORRY, *Des habitations*, cit., p. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questi interventi riecheggia la originaria denuncia degli egoismi, delle gelosie che, senza limiti, avrebbero divelto le radici del nascente industrialismo francese. Parent - Duchâtelet afferma la necessità di una comparazione tra inconvenienti e vantaggi. La censura dell'egoismo proprietario è alla radice di quei modelli di funzionalizzazione ' sociale ' destinati a squarciare le artificiose armonie codicistiche.

Jean-Baptiste Duvergier descrive la modernità del conflitto che sembra dividere proprietà e industria. L'orgoglio per le invenzioni industriali, i vantaggi che pure ne derivano sono presto dimenticati a fronte di qualche pregiudizio. Ma non si può profittare del progresso senza qualche contropartita. « C'est être trop exigeant » (131). L'alternativa sarebbe esiliare le attività in luoghi deserti; ma questo non è possibile (132).

L'estensione del concetto di ' incomodità ' e la restrizione del concetto di insalubrità (133), nel decreto del 1810, tendono ad avallare un quadro più rassicurante delle attività industriali produttrici di fumi e di rumori. L'eventuale pericolo può coinvolgere il ' particolare' (134), le abitazioni vicine. Sono gli odori sgradevoli l'aspetto più negativo delle immissioni ' incomode '. Ciò si spiega con l'inadeguatezza, con i limiti delle cognizioni scientifiche (e con lo spirito industrialista); poi con una concezione ancora parziale e rudimentale dei fattori ' inquinanti' (135); infine, con una idea dell'immissione tipica dei tradizionali rapporti di vicinato.

---

(131) J.-B. DUVERGIER, *De l'étendue du droit de propriété*, cit., p. 425.

(132) Questa argomentazione non sarà estranea, per esempio, alle numerose pronunce di corti giudiziarie italiane del primo Novecento. Si veda, per es., C. App. Genova, 28 dicembre 1906, Perrone c. Dagnino e altri (in *Rivista di diritto commerciale*, 2(1907), p. 165, con nota di B. BRUGI, *L'immissione di rumori prodotti da uno stabilimento e le limitazioni della proprietà*). Questo schema ritorna nel conflitto fra una persistente mentalità piccolo-borghese ottocentesca e le diverse espressioni del neocapitalismo. Si vedano le osservazioni di G. BRANCA, *Immissioni di fumo e neocapitalismo*, in *Foro italiano*, 1(1967), c.277.

(133) Cfr. A. CORBIN, *Le miasme*, cit., pp. 153-154.

(134) « Le préjudice dont nous voulons parler est plus immédiat; il résulte du danger ou des inconvénients qui peuvent naître, pour les habitations voisines, du genre du travail auquel on se livre, et des matières dont on fait usage dans certains établissements » (A.-H. TAILLANDIER, *Traité de la législation*, cit., p. 2).

(135) Anche la legge del 19 dicembre 1917 non menziona espressamente l'inqui-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La questione delle immissioni di natura industriale viene affrontata tenendo presente una concezione del vicinato il cui quadro normativo è in via di trasformazione. Lo sviluppo industriale incide profondamente sulla ragione comunitaria dei rapporti di vicinato. Il superamento della teoria — nell'impostazione risalente a Pothier — dell'obbligazione *ex lege*, del quasi-contratto, porta ad una nozione di vicinato di tipo esclusivamente interproprietario. Ma il rispetto del diritto del vicino è richiamato come limite all'esercizio del proprio diritto (136). Di fatto, gli indirizzi giurisprudenziali sull'abuso del diritto affondano le radici più nel terreno delle pratiche consuetudinarie che in quello dell'ideologia assolutista della proprietà (137). La stessa *ratio* del decreto del 1810 — ' privilegiare ' la proprietà industriale — deve essere considerata nella prospettiva del

---

namento atmosferico, anche se il tenore generale consente di includere ogni forma di pregiudizio. È la legge del 20 aprile 1932, cd. Morizet, ad introdurre nella legislazione francese la nozione di « pollution de l'atmosphère ». La legge del 2 agosto 1961, « loi relative à la lutte contre les pollutions atmosphériques », consacrerà l'espressione nella terminologia legislativa (cfr. L. e A. MAGISTRY, *Traité général sur l'application de la nouvelle législation des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Paris, 1923; cenni in A. PALUMBO, *Inquinamento atmosferico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1971, *vol*. XXI, pp. 695-696; soprattutto M. PRIEUR, *La pollution atmosphérique en droit français*, in AA.VV., *La pollution atmosphérique en droit français et en droit comparé*, Lyon, Publications périodiques spécialisées, 1976, pp. 3ss.; *Recueil de réglements concernant les économies d'énergie et la pollution atmosphérique*, Paris, Sadave, 1979).

(136) « Il est permis à chacun de disposer de sa propriété comme il lui plaît mais sans cependant nuire à autrui » (C. royale, Metz, 10 nov. 1808); « Attendu qu'un voisin ne peut user de sa propriété qu'en respectant celle du voisin, leurs droits respectifs étant égaux... » (C. royale, Metz, 16 août 1820). Cfr. A.M. PATAULT, *La propriété absolue à l'épreuve du voisinage au XIX siècle*, in *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, sotto la direzione di J.-L. Harouel, Paris, Puf, 1989, p. 459.

(137) Cfr. H. CAPITANT, *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, 29(1900), pp. 156-187, 228-249; G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, Rousseau, 1902; J.-B. BLAISE, *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1965, pp. 260ss.; C.-P. YOCAS, *Les troubles de voisinage*, Paris, L.G.D.J., 1966; C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 74ss.; A.-M. PATAULT, *La propriété absolue*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilanciamento degli interessi (138). L'autorità amministrativa, nell'autorizzare l'attività degli stabilimenti di seconda classe, deve avere la sicurezza che questi non incomodino i proprietari vicini, nè causino loro danni. Il Consiglio di Stato — a indiretto rafforzamento di ciò — non si stanca di ripetere che la prudenza consiglia di allontanare le fabbriche dai centri abitati (139).

Nel sistema dei *troubles de voisinage* è prevalente il principio secondo cui il proprietario può liberamente disporre del suo bene, ma « sans nuire à autrui » (140).

9. *Sulla responsabilità per danno.*

È contro l'assolutezza di tale principio che Jean-Baptiste Duvergier (141) scrive nel 1843, giusto nel torno di anni in cui si

---

(138) Per una interessante prospettiva di comparazione con la *balancing doctrine* nei casi di *pollution nuisance* e con lo sforzo di concettualizzazione del rapporto costi-benefici compiuto dalle corti giudiziarie di alcuni Stati americani, v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Ch. ROSEN, *Differing Perceptions of the Value of Pollution Abatement across Time and Place: Balancing Doctrine in Pollution Nuisance Law, 1840-1906*, in *Law and History Review*, 2(1993), pp. 303-381. Sul bilanciamento degli interessi, per alcuni spunti di teoria generale del diritto, v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 56ss.

(139) Non bisogna dimenticare, inoltre, che il ricorso contenzioso operava a favore del vicino per la lesione di un semplice interesse minacciato dall'autorizzazione amministrativa di uno stabilimento insalubre. Era questo uno dei pochi casi in cui si riconosceva — nella prima metà del XIX secolo — l'ammissibilità del ricorso per affermare la tutela non di un diritto soggettivo positivo, ma di un mero interesse considerato di particolare consistenza. Cfr. P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours*, cit., p. 221.

(140) Cfr. G. VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (studio comparativo del diritto francese e italiano). I. L'esperienza francese*, in *Rivista di diritto civile*, 1(1974), pp. 688ss.; C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 72ss.

(141) Il giurista bordolese Jean-Baptiste-Marie Duvergier (1792-1877), dopo una prima formazione ricevuta nel *cabinet* di Philippe Ferrère, tra i massimi avvocati del capoluogo girondino, aveva perfezionato i suoi studi di diritto a Parigi. Avvocato dal 1821, subì il fascino dei sansimoniani e collaborò al *Producteur*, prima di diventare segretario di Sirey e lavorare ad alcuni dei *Recueils*. Commentatore del *code civil* (Julien Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et des méthodes...*, Paris, De Boccard, 1924, p. 28, colloca Duvergier nella schiera dei com-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preparano significativi sviluppi giurisprudenziali. Per Duvergier il quadro normativo è in grado di armonizzare i « droits rivaux ». Sono invece i tribunali, più sensibili ad accogliere le pretese dei proprietari, a infrangere le armonie legislative: « ...ils [i tribunali] semblent poser un principe que tout préjudice causé à une propriété voisine par les travaux d'un établissement industriel justifie une demande en dommages-intérêts » (142). Nella ricostruzione duvergieriana l'indirizzo prevalente in giurisprudenza contrasta con la ' costituzione ' del diritto di proprietà ricavabile dal codice e dalle leggi speciali sugli *ateliers*. Contro la teoria di un diritto di proprietà che allontana da sé ' impietosamente ' qualsiasi pregiudizio determinato dall'azione del proprietario vicino, il commentatore francese invoca — con formule ideologicamente ambigue — l'interesse generale, « l'avantage de tous, le bien social... » (143). Il richiamo ai limiti legislativi e regolamentari dell'interpretatissimo art. 544, e ancor prima ai lavori preparatorî del codice, vorrebbe funzionare da ' valvola ' di compensazione — con efficacia evolutiva — di una norma altrimenti troppo rigida.

Se la *ratio* del decreto del 1810 è stata quella di ' proteggere ', di ' privilegiare ' un'industria impedita dalle gelosie e dall'incertezza attraverso una legittimazione nella forma dell'autorizzazione amministrativa (il ' permesso di esistere'), sarebbe poi illogico — e illegittimo — attribuire ai tribunali un potere di ' controllo ', anche se posto in essere in modo indiretto. Una condanna al pagamento di *dommages-intérêts* sarebbe una riforma implicita della decisione assunta dall'autorità amministrativa. Nella tesi sostenuta da Duvergier l'autorizzazione mette l'industriale al riparo da ogni reclamo. Dall'errata applicazione dell'art. 1142 del *code civil* discendono condanne al risarcimento del danno per mezzo delle quali i tribunali cercano di affermare « une défense indirecte et détournée » (144).

L'attività autorizzata dall'amministrazione non è giudizialmente

---

mentatori-esegeti di secondo piano, in compagnia di Du Caurroy, Rodière, Massé, ecc.), fu più giurista che avvocato. Diventò consigliere di Stato nel 1855 e ministro della giustizia nel 1869. Senatore, infine, dal 1870.

(142) J.-B. DUVERGIER, *De l'étendue du droit de propriété*, cit., p. 426.

(143) Ivi, p. 427.

(144) Ivi, p. 438.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

censurabile se svolta nell'ambito del « cercle fixé par les règlements » (145). Le proprietà vicine non rimangono senza tutela. Il richiamo ai regolamenti vuole essere ragione di certezza nei rapporti giuridici. Le ' regole ' stabilite dai tribunali, invece, riguardano un diritto dai confini più o meno ampi; in tal maniera si ritorna a quell'arbitrario che, col decreto del 1810, si era inteso superare. Il modello amministrativo realizza la ' visione generale ' che manca ai tribunali. Se a questi si consente di intervenire e di pronunciare condanne rovinose per l'industriale, allora « tout est bouleversé et l'autorisation administrative est annihilée » (146). L'autorizzazione non riguarda — come stabilito dalla *Cour de Paris* (1841) — soltanto gl'inconvenienti ' generali ' provocati da una attività, ma anche e soprattutto quelli ' personali ' e ' particolari '. Il tribunale non può così patrocinare un'azione di danno se i pregiudizi sono stati dichiarati sopportabili dall'autorità amministrativa.

Duvergier, nel suo scritto, cerca di contrastare gli argomenti addotti dalle corti di giustizia che nel corso di quegl'anni avevano affermato il diritto del ricorrente a chiedere un risarcimento sulla base di un richiamo, più o meno legittimo, all'art. 1382 (147). Secondo tale indirizzo l'autorizzazione amministrativa legittimava l'attività industriale in un determinato luogo, ma non impediva il ricorso al giudice ' naturale ' della proprietà (148).

Anche la distinzione tra danno ' morale ' e danno ' materiale ', pur dando vita a una « théorie ingénieuse », viene respinta da Duvergier (149). Le due espressioni sono vaghe e di incerto fonda-

---

(145) Ivi, p. 439.

(146) Ivi, p. 605.

(147) Sul punto cfr. R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1953, pp. 327-328; S. RODOTÀ, *Proprietà e industria*, cit., pp. 141-142.

(148) Sulla separazione della tutela inibitoria e della tutela risarcitoria (ma *contra*, per es., la nota posizione di G. SAREDO, *Della responsabilità civile dei proprietari di stabilimenti industriali insalubri incomodi e pericolosi*, in *Archivio giuridico*, 3(1869), pp. 31ss.) cfr. G. VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, II, *L'esperienza italiana*, in *Rivista di diritto civile*, 2(1975), pp. 52-53; C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 127ss.; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 345.

(149) « En d'autres termes, il faut toujours en revenir à cette idée simple, générale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento legislativo e dottrinale. La legislazione sugli stabilimenti industriali individua nel pericolo, nell'incomodità e nella insalubrità i tipi di pregiudizio che il vicino deve sopportare, senza possibilità di ricorso. Se, invece, il danno ha altra natura e la proprietà subisce « un retranchement matériel, une détérioration physique » non ricompresi nel novero degli inconvenienti ' normali ' — « diminution matérielle et visible de la propriété (150) » — l'industriale allora non è più ' protetto ' dall'autorizzazione e deve indennizzare il soggetto leso.

Nella teorica duvergieriana solo il danno materiale in senso stretto può essere apprezzato dai tribunali; il giudizio sul danno morale o di *moins-value* spetta ai consigli di prefettura (151). La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha consacrato la distinzione tra i due tipi di pregiudizio e anche la Corte di Cassazione, sempre

---

et féconde, que le droit de propriété s'étend et s'exerce de la manière la plus absolue, tant qu'il ne rencontre point une loi ou un règlement qui le restreigne et le modifie » (*De l'étendue du droit de propriété*, cit., p. 612).

(150) Ivi, p. 614.

(151) Duvergier riprende la distinzione elaborata da alcuni amministrativisti. In particolare L.-M. DE CORMENIN, *Droit administratif*, cit., t.I, p. 262. A. TREBUCHET, *Code administratif*, cit., era del parere che la conoscenza dei danni di *moins-value* appartenesse esclusivamente ai consigli di prefettura, ma distinguendo ulteriormente: « ...nous pensons que ces dommages ne peuvent donner lieu à des indemnités que lorsqu'ils sont causés par des établissements existant antérieurement au règlement qui les a classés, car pour ceux formés postérieurement à ce réglement, les dommages de moins value sont déjà censés avoir été appréciés par l'Administration, surtout lorsque l'autorisation a été accordée par une ordonnance royale, ou maintenue par le Conseil de Préfecture et le Conseil d'Etat. L'action des plaignants est donc en quelque sorte préjugée et ils n'ont guères d'espoir de la voir accueillir par l'Administration ». In questo caso l'autorizzazione inibisce il ricorso all'autorità amministrativa e, a maggior ragione, il ricorso ai tribunali. Dall'*affaire Paillard* (ord. 15 dic. 1824) si evince che « ...il serait contraire aux règles qui ont fixé la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif d'autoriser devant les tribunaux un recours qui tendrait à faire juger par eux la diminution de valeur que pourrait causer à des propriétés voisines, la formation d'un établissement autorisé par une ordonnance qui aurait prononcé sur ces questions » (pp. 100-101). L'impostazione ' estrema ' di Trebuchet viene però censurata dallo stesso de Cormenin: « L'art.11 du décret du 15 octobre 1810 dit, au contraire, que les dommages seront arbitrés par les tribunaux; et ne l'eût-il pas dit, on l'eût induit de son silence. Car les conseils de préfecture n'ont de compétence que celle qui leur est expressément attribuée par la loi » (*Droit administratif*, cit., t.I, p. 262).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'interpretazione di Duvergier, sembra ammettere la competenza dei tribunali rispetto al solo ' danno materiale' (152).

In realtà, il silenzio del decreto del 1810 circa la salvezza dei diritti dei terzi, pur dando vita ' oggettivamente ' ad un sistema che tende a sacrificare la proprietà del vicino alle esigenze ' speciali ' dell'attività industriale, viene, nella prima metà dell'Ottocento, reso assai meno rilevante agli effetti pratici — diremmo ' riempito ' di principî — dagli indirizzi giurisprudenziali delle corti civili e in particolare della Corte di Cassazione, indirizzi che Duvergier, fra gl'altri, cercava di respingere o quanto meno di ridimensionare (per es. ripartendo ' danno materiale ' e ' danno morale') (153).

La Corte di Cassazione affermerà nel 1844 un principio ' compromissorio ' fra le opposte linee interpretative (154): riducendo

---

(152) V. *arrêt* della Corte di Cass., 19 luglio 1826, Arbaud c. Porry. Duvergier interpreta la dizione « dommages effectivement et réellement causés par leur exploitation nuisible sur une partie quelconque de la propriété des particuliers » (*arrêt* della Corte di Cass., 3 maggio 1827) nel significato di ' danno materiale ' (*De l'étendue du droit de propriété*, cit., pp. 616-617). Cfr., inoltre, le ordinanze del Consiglio di Stato del 15 dicembre 1824 e 27 dicembre 1826.

(153) Gabriel Dufour osserva che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha riconosciuto, stabilmente, il diritto all'indennità (*arrêts* 11 luglio 1826, 19 luglio 1826, 23 maggio 1831, 17 luglio 1845, 28 febbraio 1848). Semmai la controversia è stata alimentata dalle opinioni dei giuristi « et, chose remarquable, ce sont les jurisconsultes du droit commun qui ont pris parti pour les industriels et qui ont soutenu que les propriétaires d'établissements classés et autorisés par l'administration, étaient, tant qu'ils exécutaient les conditions auxquelles ils avaient été soumis, à l'abri de toute réclamation ». Dufour critica, in particolare, la lettura che Duvergier fa, in senso ' esclusivistico ', dell'art.544. « ...c'est de l'obligation naturelle et légale — scrive Dufour — de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage, qu'il faut faire sortir la solution » (*Traité général de droit administratif appliqué*, cit., t. III, pp. 37 e 45). Già Vivien de Goubert aveva considerato la giurisprudenza della Cassazione come « la plus conforme à la logique et aux règles de l'equité » (*Etudes administratives*, cit., t. II, p. 136). Cfr. F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Napoli, Vallardi, 1885, *vol.* VI, pp. 149ss. Sulla giurisprudenza riguardante l'art.11 del decreto del 1810 e sulla più tarda recezione legislativa del principio della risarcibilità (art.12, legge 19 dicembre 1917), cfr. H. e L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 1957, 5 ed., t.I, p. 691.

(154) Clerault, commentando la decisione della Cassazione (1844), osserva che « ...elle n'est pas moins favorable aux véritables intérêts de l'industrie qu'à ceux de la propriété privée. Il faut bien le dire, jusqu'ici les industriels, exclusivement préoccupés du succès de leurs entreprises, ont, en général, montré assez peu de souci de la condition

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'efficacia del principio della piena risarcibilità ex art. 1382 (155). Non costituisce un danno giuridico qualsiasi pregiudizio comunque causato, indipendentemente dalla sua entità, ma solo il danno che oltrepassa la misura delle ordinarie obbligazioni di vicinato (156).

---

de leurs voisins; et c'est la certainement l'une des principales causes de la prévention avec laquelle leurs établissements sont presque partout accueillis. Avertis désormais par une jurisprudence fortement établie, qu'une action en indemnité est toujours ouverte contre eux au profit de leurs voisins auxquels ils causent préjudice, ils regarderont de plus près choix de leur emplacement et de leurs moyens d'exploitation. Il ne s'en ouvrira pas, a coup sûr, une usine de moins, et les manufacturiers gagneront à cette prudente circonspection, non seulement d'éviter des procès onéreux, mais encore de s'affranchir d'une multitude de contrariétés, de froissements et de mécomptes journaliers contre lesquels il serait difficile à l'entreprise la plus robuste de soutenir impunément une longue lutte » (*Traité des établissements*, cit., pp. 377-378).

(155) La formula adottata dalla Cassazione sembrava offrire ai magistrati, secondo alcuni, una soluzione — flessibile, adattabile, caso per caso, ai diversi e variabili rapporti fra industria e proprietà — che tendeva a sostituire una questione di fatto ad una di diritto. Cfr., in particolare, G. APPERT, *Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 5(1906), pp. 71-84. « La formule de la Cour concilie fort heureusement les nécéssités de l'industrie et le besoin général de tranquillité et de bien-être » (p. 76). Sugli sviluppi della giurisprudenza della Corte di Cassazione anche rispetto ad altre situazioni e sull'utilizzo, in buona sostanza, dello schema della *responsabilité sans faute* (danni provocati dalle compagnie ferroviarie, ecc.), v. H. CAPITANT, *Des obligations de voisinage*, cit., pp. 174-187; J. BOSC, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Paris, Rousseau, 1901, pp. 78-105; R. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Etude de droit civil*, Paris, Rousseau, 1901, pp. 71 ss.; G. APPERT, *Des droits du propriétaire*, cit., pp. 80 ss.

(156) Cass., 27 novembre 1844, Derosne. « La Cour, Attendu que si, d'un côté, on ne peut méconnaître que le bruit causé par une usine, lorsqu'il est porté à un degré insupportable pour les propriétés voisines, ne soit une cause légitime d'indemnité, d'un autre côté, on ne peut considérer toute espèce de bruit causé par l'exercice d'une industrie comme constituant le dommage qui peut donner lieu à une indemnité; Attendu que l'arrêt attaqué s'est, il est vrai, expliqué sur les causes et l'intensité du bruit provenant de l'usine du demandeur; mais, tout en déclarant que ce bruit était préjudiciable aux propriétés voisines, il n'a pas déclaré qu'il fût d'une manière continue, porté à un degré qui excédât la mesure des obligations ordinaires du voisinage... ».

Questa formula giurisprudenziale ha contribuito in maniera determinante a fissare i limiti della responsabilità per *troubles de voisinage*, pur restando nel solco della tradizionale teoria dei rapporti di vicinato. I vicini — in particolar modo nell'ambito dei rapporti di un inedito ' vicinato industriale ' — devono sopportare pesi reciproci, purchè questi non oltrepassino il criterio della comune tollerabilità, cioè non siano tali da incidere troppo gravemente sull'uso normale del fondo. Come è noto, fu la teoria di Jhering a fornire un più solido fondamento dogmatico — attraverso una puntuale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La separazione fra tutela inibitoria e tutela risarcitoria è un'applicazione del più generale principio della separazione dei poteri. Il

---

sistemazione della tradizione del diritto comune — al criterio della *normale tollerabilità* (poi modello per diversi legislatori: § 906 B.G.B., art. 685 cod. civ. svizzero, art. 844 cod. civ. italiano) (cfr. R. VON JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn* (1862), in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, Fischer, 1882, t.II, pp. 22-66; la traduzione francese *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, in *Oeuvres choisies* (trad. di O. De Meulenaere), t.II, Paris, 1893, pp. 101ss. Su Jhering v. i saggi di Mario G. Losano, in specie la sua introduzione a *Lo scopo del diritto*, Torino, Einaudi, 1972, pp. VII-CI; infine, per un aggiornamento bibliografico, si vedano gli ultimi scritti di Losano su Jhering apparsi in *Quaderni fiorentini*, 21(1992), pp. 89ss. Sul problema dei rapporti di vicinato e sul ruolo sociale della proprietà industriale nella riflessione della pandettistica tedesca, v. W. WILHELM, *Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentunus in der Theorie der Pandektenwissenschaft*, in H. Coing, W. Wilhelm (a cura di), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1979, pp. 19-39 e soprattutto R. OGOREK, *Actio negatoria und industrielle Beeinträchtigung des Grundeigentums*, ivi, pp. 40-78, che registra la diversità degli approcci e delle soluzioni proposti dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla legislazione). La critica più argomentata alla teoria jheringhiana fu quella, ben nota, del Bonfante che respingeva il criterio dell'uso normale o della normale tolleranza come illogico ed equivoco. « Secondo il mio concetto, è vietata non ogni influenza, ma non, d'altra parte, la sola immissione, bensì, accanto alla propagazione di sostanze, anche quella di operazioni nel fondo vicino; se non che, tanto l'una quanto l'altra debbono, in primo luogo, essere misurate non alla stregua di criterî fisici ed assoluti, bensì alla stregua di un criterio piuttosto relativo di *sensibilità sociale*. Ma, sovrattutto, tanto l'*immittere in alienum*, quanto il *facere in alieno*, per usare la terminologia romana, debbono essere leciti quando siano l'effetto di operazioni che si compiono nel proprio per *imprescindibili e generali necessità*, perchè la necessità è limite di qualunque diritto, e ciò che si compie necessariamente esce dal concetto della volontarietà e rientra in quello delle forze naturali, di cui ciascuno è tenuto a sopportare gli effetti » (*I rapporti di vicinanza e la giurisprudenza*, in *Scritti giuridici varii*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, Utet, 1918, p. 846. Per la ricostruzione teorica v. *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, ivi, pp. 774-834).

Cfr., più ampiamente, R. CHAPUS, *Responsabilité publique*, cit., p. 328; H. e L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique*, cit., t.I, p. 678 (dove si fa opportunamente notare come la decisione — e l'orientamento — della corte non è ' esitante ' perchè cassa un *arrêt* della *cour* parigina. Questa, infatti, aveva accordato *dommages-intérêts* « pour troubles de voisinage dus au bruit produit par une fabrique d'alambics. Mais la décision de la Chambre civile n'est nullement motivée par l'impossibilité de condamner dans un pareil cas le propriétaire d'une fabrique. Le motif de cassation est autre: la cour de Paris avait décidé qu'une redevance annuelle serait due tant qu'un bruit *quelconque* serait perçu. C'etait aller trop loin »); inoltre, G. LEPOINTE, *Le concept de la propriété dans le*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudice non può pronunciarsi sull'atto amministrativo, modificandolo. Può, invece, riconoscere — non tenendo in alcun conto la distinzione tra danno materiale e morale (157) — al proprietario vicino il risarcimento del danno sulla base dei principî generali in materia di responsabilità civile, fatto salvo il concreto accertamento dell'inconveniente subìto.

La soluzione proposta da Duvergier e fondata sull'art. 544 del codice civile ha, in teoria, radici solide ma essa non tiene conto della dimensione sociale del fenomeno. L'opinione prevalente è invece quella che ammette il principio di responsabilità dell'industriale (158). L'autorizzazione amministrativa nulla aggiunge ai diritti dell'industriale e nulla toglie ai diritti dei vicini. Il problema allora può essere risolto in virtù di argomenti equitativi, dalla valenza ben più pratica che teorica (159).

---

code civil: ses origines et son évolution durant le XIXe siècle, in *Etudes de droit contemporain*, 1962, pp. 107-108; J.-B. BLAISE, *Responsabilité*, cit., p. 264; G. VISINTINI, *Le immissioni...*, *L'esperienza francese*, cit., pp. 702ss.; A. GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 150ss.; C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 93ss.; P. CAPOULADE, *Rapport français sur les troubles de voisinage*, in *La protection du voisinage et de l'environnement*, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Paris, Bordeaux, Publications Periodiques Specialisées, 1979, pp. 93-113; S. RODOTÀ', *Proprietà e industria*, cit., pp. 142ss.; F. NAPPI, *Le regole proprietarie*, cit., pp. 41ss.; A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht*, cit., pp. 399ss.; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., pp. 403-406.

(157) Cfr., per l'orientamento dottrinale favorevole alla piena risarcibilità, S.-C. CLERAULT, *Traité des établissements*, cit., pp. 360ss.; D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Joubert, 1842, 2 *tomes*, t. II, p. 870; A. BOURGUIGNAT, *Législation appliquée des établissements industriels*, cit., t. I, pp. 126ss.

(158) G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété*, cit., p. 352, fornisce un elenco di autori: fra gli amministrativisti Cormenin, Macarel, Serrigny, Dufour, Batbie, Ducrocq, Hauriou, fra i civilisti Demolombe, Aubry e Rau, Huc, Laurent, Sourdat, Larombière. Sul radicamento nelle successive decisioni giurisprudenziali del principio stabilito dalla Cassazione, v. C.-P. YOCAS, *Les troubles de voisinage*, cit., p. 16.

(159) « De pareils établissements procurent en effet de très gros bénéfices à leurs propriétaires. N'est-il pas juste que ceux-ci en déduisent des indemnités pour les inconvénients qu'ils créent, supportent en un mot les risques de leur industrie? De plus ces établissements sont très nombreux, les mesures préventives toujours insuffisantes; une jurisprudence constante a pu s'affirmer. Cette jurisprudence n'a rien de bien curieux, car nous avons vu que les tribunaux n'ont jamais été arrêtés par l'article 1382. La doctrine au contraire a toujours usé de subterfuges pour dissimuler la violation des

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il modello indennizzatorio caratteristico dell'espropriazione (160) e l'uso della disciplina della responsabilità civile — nello schema prevalente della *culpa in re ipsa* (161) —, « per operare un bilanciamento tra diversi interessi » (162), rappresentano i principali

---

principes. Il est très remarquable qu'en matière de dommages causés par des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, elle ait au contraire très carrément affirmé la responsabilité. Cette situation très favorable pour la victime provient justement du caractère spécial de l'établissement; il est soumis à la nécessité spécial de l'établissement; il est soumis à la nécessité d'une autorisation administrative, c'est donc bien qu'il constitue un usage anormal de la propriété; par suite il faut condamner sans hésitation son propriétaire...Or la responsabilité du propriétaire dérive toujours de ce qu'il fait de son fonds un usage anormal » (G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété*, cit., pp. 356-357).

(160) « ...si, d'une part, l'usinier autorisé invoque en sa faveur l'article 544 C. Nap., aux termes duquel le droit de propriété consiste dans l'emploi absolu de la chose; d'autre parte, les maîtres des fonds voisins peuvent se prévaloir de la disposition de l'article 545 du même Code... Or, le fait seul de la proximité d'un atelier dangereux, insalubre ou incommode produit une véritable expropriation partielle des propriétés qui subissent un pareil voisinage... L'article 11 précité du décret de 1810 n'est donc que l'application à un cas particulier d'une règle générale » (A. BOURGUIGNAT, *Législation appliquée*, cit., p. 129). È significativo il fatto che nel corso della discussione sul progetto di legge in materia di espropriazione per pubblica utilità un deputato, Dumeilet, avesse proposto di estendere l'applicazione delle misure di constatazione dell'utilità pubblica e di fissazione delle indennità al settore della *salubrité publique* minacciata dagli *ateliers* in attività prima del 1810. « Vous concevez, en effet, Messieurs, qu'il ne suffit pas qu'une ville soit percée régulièrement et avec luxe, mais qu'il faut avant tout mettre ses habitants à l'abri des exhalaisons malfaisantes, et faire disparaître ces foyers d'infection qui moissonnent indifféremment toutes les classes de la société » (*Le Moniteur Universel*, 8 juin 1833, *Chambre des Députés*, *Séance du vendredi 7 juin*, p. 1608).

(161) Sul concetto v., in particolare, G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., pp. 340ss.

(162) S. RODOTÀ, *Proprietà e industria*, cit., p. 143. La teoria del ' bilanciamento di interessi ' trovò, in Italia, un sostenitore nel Brugi, oltre che nel Gabba (*Questioni di diritto civile*, Torino, 1909, t.I, pp. 149ss.). Biagio Brugi scorgeva nell'*officium iudicis* una delle fonti di « una specie di arbitrato nel determinare i diritti dei proprietari vicini... Una parte di questo arbitrato — scriveva — è già compiuta mediante le leggi e i regolamenti; un'altra, più o meno indipendente dall'opera del legislatore, spetta al giudice » (B. BRUGI, *Della proprietà*, Torino, Utet, 1923, pp. 102ss. e 182ss. Su Brugi, cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza: Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, E.S.I., 1986; sulla teoria dell'emulazione da Scialoja a Brugi — nella diversità di vedute —, cfr. le puntuali osservazioni di P. BENEDUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Napoli, Newprint, 1990, pp. 210-242). Nell'impostazione di Brugi si colgono alcuni degl'esiti della civilistica italiana

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meccanismi attraverso i quali si cerca di risolvere in maniera accettabile, in assenza di fondamenti normativi solidi e nella non facile consonanza con la logica del sistema proprietario del codice napoleonico, il problema annoso dei rapporti di vicinato (163), acuito

---

(da Cimbali a Gabba, da Simoncelli a Vivante: v. P. GROSSI, *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1986 e dello stesso autore i saggi citati *supra*, nota 102) insofferente verso le ristrettezze legalistiche, metodiche e concettuali, del tradizionale metodo esegetico. Ma lo sguardo si deve dirigere, poi, all'insegnamento jheringhiano e, in special modo, ad alcuni aspetti del giusliberismo francese (Ci limitiamo a ricordare E. GAUDEMET, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en honneur de François Gény*, Paris, 1935, t. II, pp. 5-15; più in generale, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 270ss.; per l'influenza di Jhering su Gény, da ultimo, A. TANZI, *François Gény. Tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 143ss.) che ebbero una parte significativa nella teorica brugiana sui rapporti di vicinato e sull'abuso del diritto (l'emblematicità del tema è segnalata da P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Gény)*, in *Quaderni fiorentini*, 20 (1991), pp. 43-44. Per una accurata ricostruzione del ruolo potenziato della funzione giudiziale nel contesto della cultura giuridica italiana, si veda P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, ivi, pp. 367ss.).

Le pronunce francesi in tema di vicinato, nella prima metà dell'800, presentavano un grado di flessibilità — anzitutto ' pragmatico ' — che legittimava il ruolo più ' attivo ', in qualche modo ' critico ', della giurisprudenza. La vicenda delle metamorfosi funzionali di cui fu protagonista l'art.1382 appare, al riguardo, molto significativa. Scriverà Raymond Saleilles che « On pourrait écrire un volume sur la fonction de l'art.1382, dans le sens de l'orientation nouvelle du droit civil. Nous l'avons vu déjà servir à atténuer le caractère absolu de la propriété individuelle et à lui imposer des obligations dont se serait scandalisée la génération de la première moitié du XIX siècle » (*Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, p. 113).

Nella prima metà del XIX secolo, le preoccupazioni manifestate da Pellegrino Rossi (e condivise da altri) circa la tenuta del codice napoleonico di fronte alla complicazione sopraggiunta dell'*état économique de la société* segnalano — come si è cercato di mostrare — un indirizzo che, pur senza vistosi strappi col sistema del codice, denuncia la fallibilità del modello assolutistico di regolazione positiva della società e delle sue forme economiche (su questo importante aspetto insiste Paolo Grossi. Si vedano, per es., *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 64(1991), pp. 5-17 e alcuni dei saggi recentemente raccolti in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992). Certuni dei riferiti indirizzi giurisprudenziali, assieme all'industrialismo giuridico qui ricordato, nella diversità degli assunti, possono essere annoverati tra le prime incerte prefigurazioni delle ben più mature e consapevoli teorie di fine secolo.

(163) C'è chi ha considerato il problema dei *troubles de voisinage* come una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'emergere della cultura industriale e dal concreto sviluppo di attività incomode, insalubri e pericolose. Le ' peripezie ' dottrinali per ritrovare una base normativa all'*obligation de voisinage* — che non fosse la mera consuetudine o un principio extralegale — e le regole giurisprudenziali tese, di fatto, a contraddire, nonostante il tentativo di artificiose e generiche riconduzioni, il dato codicistico (164), rendono bene il senso della precarietà di quelle soluzioni ' armoniche ', di quell'' equilibrio proprietario ' che la vicenda della responsabilità extracontrattuale lumeggia esemplarmente (165).

---

manifestazione dell'abuso del diritto. Su questa linea, M. DESSERTEAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 5(1906), pp. 129ss.

Sullo sviluppo della dibattuta teorica dell'*abus du droit* — « la doctrine de l'abus du droit n'est pas nouvelle; elle a des origines lointaines » —, sui criteri giustificativi addotti (*intention de nuire*, *défaut d'intéret*, *motif légitime*, *détournement du but économique et social*, *exercice anormal*), v. la critica di M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel*, Paris, Pichon, 1905, 3 ed., t. II, nn.870ss., volta a negare, sul piano dei principî, la stessa teoria; R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Paris, Pichon, 1901, 2 ed.; J. CHARMONT, *L'abus de droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1(1902), p. 119; F. GENY, *Risques et responsabilité*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1(1902), p. 821; L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905; M. DESSERTEAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, cit., p. 124: « C'est que l'abus de droit consiste à léser un autre droit également respectable, et mériterait en bonne terminologie d'être appelé le *conflit des droits* ». Sulla questione, v. C.-P. YOCAS, *Les troubles de voisinage*, cit., pp. 70ss.; A.-J. ARNAUD, *Les juristes*, cit., pp. 95-96.

(164) Cfr. A. GAMBARO, *Jus aedificandi*, cit., pp. 153ss.

(165) Sul punto, efficacemente, G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., pp. 69ss. Sulle più recenti ' metamorfosi ' della responsabilità civile, « specola privilegiata di lettura dell'intero ordinamento », cfr., per esempio, il saggio di C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 7 (1989), n. 4, pp. 539ss.; da ricordare almeno S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964; inoltre, P. BARCELLONA, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, cit., pp. 385ss.; Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?*, in *Droits*, 5(1987), pp. 29-43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO

FEDERICO CAMMEO LEGISLATORE

Il contributo alla costruzione dell'ordinamento giuridico dello Stato vaticano

1. Il 23 febbraio 1929, a pochi giorni della Conciliazione tra l'Italia e la Santa Sede con la firma del Trattato e del Concordato nel Palazzo Apostolico del Laterano, l'avvocato Francesco Pacelli — al quale fin dal 6 ottobre 1926 era stato dato l'incarico di rappresentare la Sede Apostolica nelle trattative per « addivenire ad una amichevole, generale, definitiva sistemazione dei suoi rapporti con lo Stato italiano » (1) e che lo aveva portato a termine negoziando prima con il rappresentante italiano, Domenico Barone, poi, dopo la morte di questi all'inizio del gennaio '29, direttamente con Mussolini (2) — veniva ricevuto in udienza serale (« dalle 20 alle 21 ») da papa Pio XI per discutere alcune questioni urgenti relative agli impianti telegrafici, telefonici e postali di quello Stato della Città del Vaticano che sarebbe nato, il successivo 7 giugno, con lo scambio delle ratifiche (3).

In quell'occasione il pontefice affiderà a Pacelli il compito di « approntare il progetto di sistemazione dello Stato Vaticano, della legislazione ecc. », autorizzandolo ad avvalersi « della collaborazione del Prof. Cammeo ». Non è da escludere che la fama di Federico Cammeo (4) fosse giunta fino ad Achille Ratti, ma è assai

---

(1) F. Pacelli, *Diario della Conciliazione*, con verbali e appendice di documenti, a cura di M. Maccarrone, Città del Vaticano, 1959, p. 208. Cfr. anche pp. 5-12.

(2) F. Pacelli, *op. cit.*, pp. 111-113.

(3) F. Pacelli, *op. cit.*, p. 129; Pacelli farà anche parte della Commissione mista Santa Sede - Governo italiano per predisporre l'esecuzione del Concordato (cfr. *Atti della Commissione mista*, a cura di P. Ciprotti, Milano, 1968.

(4) Cfr. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22 (1993). *Per Federico Cammeo*, e, in particolare, M.S. Giannini, *F. Cammeo il grande*, ivi, pp. 7 sgg.; G. Morbidelli, *F. Cammeo: l'itinerario culturale di una vita*, ivi, pp. 19-104.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

probabile che la proposta di Pacelli derivasse dai rapporti professionali ed anche accademici — l'avvocato romano era libero docente di diritto amministrativo ed era incaricato di « Diritto delle acque » alla Facoltà giuridica di Roma — con il titolare della cattedra di diritto amministrativo di Firenze, attivissimo nella professione (5). Da qui quella « fraterna amicizia » tra i due della quale ha parlato Jemolo (6). Non sono chiari, comunque, i profili più strettamente tecnici di una collaborazione che, se appare spiegabile sul piano di tali rapporti e, sopratutto, della fama (7) di quello che Giannini definisce « il più letto dei grandi Maestri del diritto amministrativo » (8), non appare giustificata dall'attenzione fino ad allora riservata dal Cammeo all'ordinamento della Chiesa cattolica anche se aveva insegnato il diritto canonico per incarico nella Facoltà giuridica di Cagliari dal 1901 al 1903. La stessa breve esposizione di tematiche da lui dedicata alla Santa Sede nel corso di « Istituzioni di diritto pubblico » dell'anno accademico 1927-28 (9), pur significativa e sulla quale si tornerà, si muove all'interno della dottrina ecclesiasticistica più diffusa (10) e comunque non appare certo orientata verso le posizioni degli autori favorevoli a considerare la Santa Sede pre-lateranense « uno Stato, sia perché l'occupazione italiana è un'usurpazione, sia perché non tutto lo Stato pontificio

---

(5) P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, Milano, 1986, pp. 141 sgg.; G. MORBIDELLI, *op. cit.*, pp. 44-68.

(6) G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 54; A.C. JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente F. Cammeo*, in *Atti Accademia Nazionale dei Licei*, CCCXLV (1948), serie VIII, Rendiconti Cl.Sc. Moralì, stor. e fil., vol. III, fasc. 1-2, gen.-feb., 1948, p. 131.

(7) Si vedano gli scritti raccolti da P. GROSSI, nel volume 1993 dei *Quaderni fiorentini* citato alla nota 4, nonché F. CIPRIANI, *Storie di processualisti ed oligarchi*, Milano, 1991.

(8) M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 18.

(9) Università di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, tenuto dal chiar.mo prof. avv. F. CAMMEO, a cura degli studenti A. Bechi e N. Vavolo, Anno Accademico 1927-28, Tipo-Lito G. Filippini, Firenze, s.d., pp. 36-46.

(10) Si veda G. DALLA TORRE, *Vaticano*, (*Stato Città del*), s.v., in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1994 ed ivi ampie indicazioni bibliografiche; e P. A. D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede*, a cura di Carlo Cardia, Bologna, 1994; ID., *Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze, 1936, pp. 232-284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

venne occupato, essendo di fatto rimasti al Sommo Pontefice i Sacri Palazzi » (11).

D'altro canto, stando al « Diario della Conciliazione » del Pacelli, fonte indispensabile e praticamente unica fino a quando gli Archivi vaticani non verranno ulteriormente aperti (12), le fasi della collaborazione Cammeo-Pacelli ivi registrate, farebbero piuttosto supporre interventi su testi già redatti in una prima stesura — probabilmente dovuta alla « Commissione per la sistemazione interna dello Stato della Città del Vaticano » di cui facevano parte lo stesso Pacelli, e i « monsignori » della Segreteria di Stato Borgongini Duca, Pizzardo e Mariani (13) — sulla quale concretamente operare in vista del testo che, con il diretto concorso del pontefice e del futuro Governatore del Vaticano, Camillo Serafini, verrà nuovamente sottoposto a Cammeo per una revisione ulteriore. Il che spiegherebbe, altresì, il breve lasso di tempo che intercorre tra la stesura della normativa (febbraio-giugno 1929) e la approfondita riflessione interpretativa e sistematica dell'amministrativista fiorentino sull'ordinamento giuridico del Vaticano che si concretò nei due fondamentali contributi del 1931 e del 1932 (14).

Lo stesso Jemolo, d'altro canto, nel definire il secondo di tali contributi — dedicato a « L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano » — un « modello di sistema di esposizione del diritto positivo di uno Stato » e nel ricordare come all'origine di esso vi fosse l'amicizia e la « collaborazione » con Francesco Pacelli, riconosce quest'ultimo come « uno dei principali, può ben dirsi il principale, elaboratore del diritto del nuovo Stato » (15). Né si può trascurare che il fratello del Pacelli, quell'Eugenio che succederà come Segretario di Stato al cardinal Gasparri l'anno successivo a

---

(11) F. Cammeo, *Corso* cit., p. 42; indicazioni bibliografiche sulla questione in P.A. D'Avack, *Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano*, cit., pp. 181-207.

(12) Attualmente è possibile accedere ai documenti dell'Archivio Segreto e ad alcune serie dell'Archivio della Segreteria di Stato fino al termine del pontificato di Benedetto XV.

(13) F. Pacelli, *op. cit.*, p. 130.

(14) F. Cammeo, *Per la sistemazione e l'interpretazione dell'ordinamento giuridico dello Stato Città del Vaticano*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, p. 113 sgg.; Id., *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Firenze, 1932.

(15) A.C. Jemolo, *op. cit.*, p. 131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quello della Conciliazione e che sarà poi papa Pio XII, era un esperto giurista, al quale era stata offerta la cattedra di diritto canonico sia all'Apollinare di Roma che all'Università Cattolica di Washington, che aveva insegnato diritto pubblico ecclesiastico all'Accademia diplomatica della Santa Sede e che aveva per molti anni lavorato alla Congregazione per gli Affari ecclesiastici straordinari redigendo anche solidi pareri su importanti questioni di diritto internazionale (16).

Del resto la menzionata monografia del 1932 è dedicata proprio a Francesco Pacelli con una lettera nella quale l'autore dichiara che l'opera avrebbe dovuto essere scritta dal destinatario che aveva « sotto le Sovrane Direttive, tanto saggiamente operato per la legislazione dello Stato della Città del Vaticano » (17).

2. Attraverso i materiali e gli appunti « stesi giorno per giorno, in cui vengono riportati con semplicità e precisione i momenti e le vicende delle trattative » con il governo di Mussolini affidate da Pio XI a Pacelli, consegnati sul letto di morte (22 aprile 1935) al fratello Eugenio e pubblicati da Michele Maccarrone nel 1959 (18) è, comunque, possibile ricostruire le fasi della collaborazione di Federico Cammeo alla « sistemazione dello Stato Vaticano », collaborazione autorizzata personalmente da Pio XI (19), che viene direttamente informato della prima riunione tra i due giuristi che si svolgerà a Firenze tra domenica 3 e martedì 5 marzo 1929, a meno di un mese dalla firma dei Patti del Laterano (20).

Nel corso di tre « lunghe sedute » Pacelli e Cammeo preparano il testo di quattro leggi: quella « fondamentale » — che nella stesura definitiva risulterà composta di 21 articoli —, quella sulle « fonti principali del diritto oggettivo » — che sarà costituita da 25 norme —, quella sulla cittadinanza e il soggiorno — che raggrupperà 33

(16) Cfr. A. RICCARDI, PIE XII, in *Dictionnaire historique de la Papauté*, dir. Ph. Levillain, Paris, 1994, pp. 1363 sgg.; R. ASTORRI, *Diritto comune e normativa concordataria*, in *Storia Contemporanea*, 1991, p. 685-701.

(17) F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico*, cit. p. 1.

(18) F. PACELLI, *Diario cit.*, pp. IV-V.

(19) F. PACELLI, *op. cit.*, p. 129.

(20) F. PACELLI, *op. cit.*, p. 131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

articoli — e quella sull'« ordinamento economico, commerciale e professionale », che conterrà dieci disposizioni. Meno di una settimana dopo Pacelli sottopone direttamente a papa Ratti — in tre udienze (10, 11, 15 marzo) di circa due ore ciascuna — i progetti redatti con Cammeo, il quale si reca a Roma il 16 dello stesso mese per discutere con l'amico Pacelli « vari punti dei progetti di legge ». Il nuovo testo messo a punto dopo quell'incontro è sottoposto al papa il 24 marzo e il 5 aprile; il giorno successivo Pacelli lavora sulle medesime disposizioni con Camillo Serafini, il futuro Governatore dello Stato Vaticano. Da una annotazione successiva risulta che, in una breve udienza dell'8 aprile, lo stesso Pacelli sottopone a Pio XI il progetto di legge sull'ordinamento amministrativo: poiché di esso non si parla nel resoconto dell'incontro fiorentino con Cammeo dei primi di marzo, né in quello della breve seduta romana del 16, si potrebbe immaginare che tale progetto sia stato prodotto personalmente dal docente dell'Università di Firenze, notissimo esperto di tale settore (21).

Il 6 aprile Pacelli era tornato a riunirsi con Serafini; il 12 e il 14 sottoporrà nuovamente al pontefice « alcuni punti relativi alla legislazione interna del Vaticano ». Dopo un ulteriore incontro con il papa e il comm. Serafini (8 maggio), Pacelli torna a Firenze il 9 e il 10 per « due lunghi congressi col Prof. Cammeo » riservati alla revisione dei testi. Copia di questa redazione, che sembrerebbe quella definitiva, viene consegnata da Cammeo ad Alfredo Rocco, ministro di Grazia e Giustizia, che la esamina seduta stante trovando i testi « perfettamente aderenti al Trattato », ma riservandosi una ulteriore riflessione in relazione alla proposta, avanzata dal Ministero delle Finanze, di creare una « cinta doganale » intorno alla Città vaticana, pur dichiarando di non ritenerla utile e comunque eventuale oggetto di una convenzione apposita in materia doganale.

Il 3 giugno Pacelli e Serafini trascorrono circa quattro ore in udienza da Pio XI per esaminare ancora i progetti delle leggi per il nuovo Stato: il 7 giugno Italia e S. Sede procedono allo scambio delle ratifiche dei Patti del Laterano e sul « Supplemento 1 » degli « Acta Apostolicae Sedis » (8 giugno), compaiono, con la data del 7,

(21) Si vedano gli scritti di Giannini, Sordi, Cerulli Irelli, Merusi, Ferrari, Andreani nel citato volume 1993 dei *Quaderni fiorentini*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sei leggi per la Città del Vaticano, promulgate di « moto proprio » dal Sommo Pontefice » (22).

La costruzione legislativa alla quale Cammeo aveva dato un grande e decisivo contributo, era così ultimata: ai quattro testi già menzionati, erano state aggiunte la legge sull'ordinamento amministrativo, che si è ricordata, ed una legge di pubblica sicurezza (23). Ad essi si aggiungeranno, nei successivi cinquanta anni, oltre 420 leggi, disposizioni, regolamenti e norma di applicazione, che, nel 1981, verranno riprodotte in una raccolta criticamente predisposta (24).

3. Nel presentare la sua ampia monografia del 1932, Cammeo poteva affermare che con le sei leggi ricordate, con il diritto canonico e quello italiano richiamati e dichiarati applicabili « in grado diverso di preminenza e di efficacia », insieme ad alcune fonti secondarie, lo Stato Vaticano al momento della sua nascita aveva « già un ordinamento giuridico sufficientemente completo, non solo ai fini pratici ..., ma altresì all'effetto di una esposizione dottrinale, almeno sommaria ed istituzionale », di particolare interesse sia in sé, sia nella prospettiva di una comparazione con gli ordinamenti moderni e, in particolare, con quello italiano (25). Si trattava — come metteva in luce ponendo le premesse di un « ritornello concettuale » che avrebbe avuto lunga fortuna nelle successive riflessioni della dottrina (26) — del « primo e unico caso in cui, di un sol getto sia data disciplina ad uno Stato assoluto e rigorosamente confessionale, pur adattando quella disciplina alle tendenze, ai bisogni, agli usi della vita moderna in tutto ciò che non contraddice ai principi

(22) F. PACELLI, *op. cit.*, pp. 154, 557; W. SCHULZ, *Leggi e disposizioni usuali dello Stato della Città del Vaticano*, Roma, 1981 (2 voll.), vol. I, pp. 21-61.

(23) W. SCHULZ, *op. cit.*, pp. 49-59.

(24) W. SCHULZ, *op. cit.*, pp. 62 sgg.

(25) F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico, cit., p. 1.*

(26) Per tutti si veda P.A. D'AVACK, *Lo Stato della Città del Vaticano come figura giuridica di Stato ierocratico*, in *Annali Università di Ferrara*, 1, 1936, ora in ID., *Vaticano e Santa Sede*, a cura di C. Cardia, Bologna, 1994, pp. 147-186, e, in proposito, C. CARDIA, *Vaticano e S. Sede dal Trattato Lateranense a Giovanni Paolo II*, ivi, pp. 9-22, con specifiche ed originali osservazioni sulla questione della cittadinanza vaticana in relazione alla normativa del 1929 prediposta da Pacelli e Cammeo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamentali della Chiesa » (27), anche se, in realtà, la stessa codificazione canonica piano-benedettina era già stata una grande impresa di modernizzazione di un ordinamento giuridico religioso (28).

Si poteva, quindi, procedere ad illustrare le « caratteristiche del diritto pubblico interno vaticano » e a confrontarlo con quello italiano e, in determinati casi, con altri diritti stranieri, sulla base di due criteri di fondo: intendere tale diritto « sempre e rigorosamente » alla luce della lettera e dello spirito dei Patti del Laterano; presupporre la « scrupolosa adesione » alle dottrine politiche e filosofico-giuridiche insegnate dalla Chiesa. Ciò per ragioni di metodo scientifico, senza, però, che tale presupposizione potesse implicare da parte dell'autore « accettazione di esse, come valevoli, senza critica o senza distinzione, sia nelle costruzioni astratte di teorie generali del diritto, sia nell'interpretazione di altri ordinamenti giuridici » (29).

Su tali basi Cammeo esponeva in una vasta e densa trattazione articolata in due « libri » (I, L'ordinamento costituzionale dello S.C.V.; II, L'ordinamento amministrativo dello S.C.V.) il nuovo diritto del Vaticano. Dopo aver ricostruito le origini dello Stato e puntualizzato i suoi elementi costitutivi, delineandone i caratteri (Tit. I, capi I, II, III), il volume illustrava gli organi dello Stato ed i loro poteri, soffermandosi in particolare sul pontefice e il Collegio cardinalizio, sui rapporti tra S.C.V., Santa Sede e suoi organi, Corte pontificia (Tit. II, capi I e II) e analizzando gli organi dello Stato

---

(27) F. CAMMEO, *Ordinamento, cit., p. 2.*

(28) Cfr. i numerosi contributi di G. FELICIANI (e in particolare il recente: *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, in M. FALCO, *Introduzione al Codex iuris canonici*, Bologna, 1992, pp. 13-49 — dove sono richiamati) e R. ASTORRI, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova, 1992.

(29) G. CAMMEO, *Ordinamento*, cit., p. 4; Carnelutti ricorda che Cammeo svolse « con devozione » il proprio compito e ricorda la « reverenza » con la quale « egli, pur incline com'era ad una valutazione disincantata di uomini o di cose, gli parlò della visita al Pontefice » quando offrì a Pio XI il primo esemplare di quest'opera « mirabilmente rilegato in pelle bianca » (lo riferisce G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 59, richiamando F. CARNELUTTI, *F. Cammeo, nella scienza italiana del diritto*, in *F. Cammeo*, a cura del Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Firenze, 1961, p. 21; sulla « religione » di Cammeo si veda quanto scrive CARNELUTTI, *ivi*, nonché G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 55, n. 55, n. 107, che si rifà anche a CALAMANDREI, *F. Cammeo* (nel decennale della morte), in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, p. 394).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle loro principali funzioni « sede plena » (Capo III, Sez. I, II, III) e « sede vacante » (Capo IV). Passava poi alla descrizione e all'esame delle fonti del diritto nello Stato del papa, soffermandosi essenzialmente su alcune nozioni generali e su alcuni criteri interpretativi (Titolo III, Capo I), sulla legislazione vaticana, alla cui produzione aveva contribuito in maniera determinante (una specifica attenzione era riservata alle norme emanate nel periodo tra l'annessione dello Stato pontificio e la creazione dello S.C.V.), sul diritto canonico in quanto applicabile e sulla legislazione del Regno vigente in via suppletiva nello Stato fino a quando non si fosse provveduto altrimenti con leggi e regolamenti propri (Capi II, III, IV). Attraverso un'attenta verifica delle possibilità di applicazione di tale legislazione, dei limiti generali della sua attuazione e delle materie non soggette ad essa per espressa disposizione, Cammeo approfondiva il delicato problema dell'inapplicabilità e dell'applicabilità sussidiaria della normativa penale e processuale penale, civile, commerciale, processuale civile e amministrativa in vigore nel Regno (Sez. I-IV). Passava poi all'esame della consuetudine secondo i tre ordinamenti canonico, vaticano e italiano, nonché dei poteri del giudice per la disciplina dei casi non previsti, con speciale attenzione a temi come le lacune, l'analogia, il diritto suppletorio, nonché ai relativi principi di diritto divino e canonico (Capi V e VI).

Nel disegnare, successivamente, l'ordinamento amministrativo del Vaticano egli suddivideva la trattazione in due Titoli: il primo dedicato alla Parte generale, il secondo all'attività dello Stato papale « nelle varie manifestazioni della vita sociale ». Nel primo, dopo aver richiamato nozioni generali di amministazione e di diritto amministrativo (Capo I), Cammeo illustrava, con la grandissima esperienza scientifica della disciplina coltivata così a lungo e con tanta alta perizia (Giannini lo ha definito « il più letto dei grandi Maestri del diritto amministrativo » e Morbidelli ne ha sottolineato il richiamo alla « moralità amministrativa » (30), i rapporti giuridici amministrativi, i diritti pubblici subiettivi — con riferimento anche ai « diritti di libertà », ma anche al « diritto politico » dei cardinali nella elezione del papa e nell'esercizio dei tre poteri « Sede vacante » —,

(30) M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 18; G. MORBIDELLI, *op. cit.*, pp. 100-101.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i soggetti, l'oggetto dei rapporti giuridici — con specifico richiamo alle « res sacrae » —, i fatti e atti giuridici (nozioni generali, atti amministrativi, atti illeciti dell'amministrazione e responsabilità del Vaticano, atti leciti e illeciti dei cittadini), la tutela dei diritti e degli interessi dell'amministrazione e dei cittadini (Capi I-VI).

Nel secondo titolo, dopo aver premesso alcune nozioni e distinzioni generali tra attività giuridica e attività sociale, Cammeo affrontava il tema dell'azione dello Stato vaticano nella vita « spirituale, morale e intellettuale della Società » e si soffermava su delicati problemi come l'intervento statale in materia religiosa, le diverse conseguenze della confessionalità dello Stato, l'eventuale condizione di culti diversi dal cattolico (in proposito Cammeo ritiene « turbativa dell'ordine pubblico da reprimersi cogli ordinari mezzi di polizia » le manifestazioni di culto privato o pubblico nelle ore diurne, mentre il caso di residenza stabile o autorizzata nello S.C.V. pensa comporti l'autorizzazione anche per gli atti rituali privati e individuali, senza presenza di ministro di culto, nonché per la detenzione e l'uso di libri proibiti, con il divieto, però, di consentirne la lettura ad altri), la libertà di stampa e di altre manifestazioni del pensiero (ma pubblici spettacoli teatrali e cinematografici non erano previsti dalle leggi vaticane, sì che in casi eccezionali e in difetto di speciali norme si sarebbe dovuta applicare la legge italiana di Pubblica Sicurezza), la istituzione di scuole (Capo II, Sez. I). Analizzava, quindi, l'attività del medesimo Stato nella « vita fisica » della società, puntualizzando i temi della popolazione, dell'emigrazione, immigrazione e accesso, della sicurezza pubblica, della libertà di riunione e associazione, del porto d'armi e della sanità pubblica (Sez. II); esaminava,successivamente, le attività dello Stato nella produzione e nella circolazione e distribuzione della ricchezza, con riferimento a temi come il monopolio, la moneta, la circolazione, le poste e telecomunicazioni, le assicurazioni sociali, la beneficienza pubblica etc. (Sez. III e IV). Nell'ultimo capitolo valutava infine, i mezzi economici necessari allo Stato e i modi di provvedervi.

Come è facile vedere anche da questi sommari richiami delle grandissime linee dell'« Ordinamento giuridico dello Stato della Città di Vaticano », si tratta di uno sforzo grandioso di pensare in termini pubblicistici e comparatistici un singolare ordinamento confessionale — che D'Avack definirà qualche anno dopo come figura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica di Stato ierocratico (31) — progettato a tavolino per « assicurare alla Santa Sede l'assoluta e visibile indipendenza », garantendole « una sovranità indiscutibile pur nel campo internazionale » (Trattato del Laterano, *Preambolo*), applicando con genialità ad esso ed alle sue specialissime condizioni e istituzioni, concetti e categorie proprie degli ordinamenti non confessionali e sperimentate in contesti giuridici del tutto diversi da quello che Cammeo si era proposto di prendere in esame e della cui predisposizione era stato personalmente partecipe.

Basta scorrere, del resto, la produzione successiva nella materia per constatare il rilievo di un'opera che resterà fondamentale per lo studio di quel simbolico « potere temporale » del papa che ha consentito ai pontefici, da Pio XI a Giovanni Paolo II, di svolgere un ruolo nelle relazioni internazionali quale nessun'altra pur diffusa e importante confessione religiosa è stata in grado di avere (32).

4. Ben altro spazio, pertanto, sarebbe necessario per analizzare dettagliatamente l'opera e verificare, dopo oltre sessant'anni dalla sua pubblicazione per i tipi di « R. Bemporad & Figlio » di Firenze, la validità delle soluzioni proposte da Cammeo sulla base della sua vastissima esperienza scientifica e professionale. Ci si limita, pertanto, in questa sede, ad esaminare la questione della posizione « nazionale e internazionale » della Santa Sede nel periodo che va dall'occupazione di Roma alla firma del Trattato Lateranense, sulla quale Cammeo si sofferma adeguatamente nel primo capitolo dell'opera, ricostruendo le origini dello Stato vaticano, dopo averla affrontata, ancora alla vigilia della Conciliazione, nel « Corso di istituzioni di diritto pubblico » tenuto all'Università di Firenze nell'anno accademico 1927-28. Si tratta, infatti, non solo di una

(31) P.A. D'AVACK, *Lo Stato Città del Vaticano*, cit., loc. cit.

(32) Si veda, fra i molti, R. BOSC, *La société internationale et l'eglise*, Paris, 1961; I. CARDINALE, *The Holy See and the International Order*, London, Gerrard Cross, 1976; S. FERLITO, *L'attività internazionale della S. Sede*, Milano, 1988; E. GALLINA, *Le organizzazioni internazionali e la Chiesa cattolica*, Roma, 1967; A. DUPUY, *La diplomatie du Sant-Siège*, Paris, 1980; E. GUERRY, *L'Eglise et la communauté des peuples*, Paris, 1958; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Chiesa cattolica e organizzazione internazionale*, in *Digesto-discipline pubblicistiche*, Torino, 1989, III, 1; F. PETRONCELLI HUBLER, *Chiesa cattolica e Comunità internazionale*, Napoli, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questione che fece, all'epoca, versare molto inchiostro, ma sulla quale è anche possibile registrare una certa modificazione del suo pensiero.

Dopo aver sottolineato che la legge delle garentigie « è e rimane essenzialmente una legge interna del nostro Stato », Cammeo ricorda che il Consiglio di Stato la aveva definita legge costituzionale fondamentale, ma chiarisce che, come lo Statuto, poteva essere modificata da altra legge ordinaria. Precisa, però, che a suo avviso una modifica o revoca della legge non sarebbe stata ammissibile « per ragioni politiche, morali e di riguardi internazionali » senza l'accordo della Santa Sede (salvo « variazioni dello stato di cose ») e mette in evidenza, in proposito, che, dopo l'annessione di Roma, l'Italia aveva informato gli Stati esteri dei criteri « che avrebbe seguito per tutelare la dignità e l'indipendenza della Santa Sede » e sui quali, appunto, si sarebbe poi basata la legge 13 maggio 1871, n. 214. Chiarisce, però, che tale legge non solo non ha « carattere alcuno di trattato internazionale », ma neppure si fonda su « alcun trattato od accordo con gli altri Stati » (33).

Quanto alla tesi favorevole a considerare anche dopo il 20 settembre uno Stato la Santa Sede, sia perché l'occupazione italiana sarebbe stata una « usurpazione », sia perché non tutto il territorio pontificio sarebbe stato occupato, essendo rimasti al pontefice i così detti Sacri Palazzi, Cammeo la respinge e ne dimostra l'infondatezza sia perché sul piano del diritto tutto lo Stato pontificio era stato annesso all'Italia (legge 31 dicembre 1870, n. 6185), sia perché tutti gli Stati esteri avevano riconosciuto « dal punto di vista internazionale » tale annessione, sì che « quando un reato è commesso nei Sacri Palazzi si ritiene commesso nel territorio dello Stato » (34).

Non esistevano, quindi, cittadini di un sopravvissuto Stato Pontificio, tanto che gli atti dello Stato civile relativi al papa si compievano « secondo le leggi italiane e dinanzi alle autorità italiane », mentre la successione nel patrimonio privato dei pontefici morti dopo il 1870 era « sempre stata regolata dalla legge italiana » (35). In conclusione per Cammeo la Santa Sede nel 1928

(33) F. Cammeo, *Corso*, cit., pp. 36-37.
(34) F. Cammeo, *Corso*, cit., pp. 42-43.
(35) F. Cammeo, *Corso*, cit., pp. 44-45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non era uno Stato « agli effetti interni », anche se « agli effetti internazionali » avrebbe potuto essere considerata « una persona del diritto internazionale » per la « influenza intensissima » esercitata negli affari esteri, anche se il papa non era stato invitato a conferenze internazionali o a partecipare alla Società delle Nazioni (36).

Affrontando, sei anni dopo, a Conciliazione avvenuta, il medesimo problema nella ricordata monografia, Cammeo, dopo aver riportato le opposte argomentazioni della dottrina su tali questioni, evita di esprimersi in merito e — pur rievocando episodi significativi come i testamenti di Leone XIII e Pio X redatti secondo la legge italiana, o come la denuncia di morte di Benedetto XV presentata all'ufficio di Stato civile di Roma, o l'arrivo dei pompieri romani in Vaticano nel 1903 per spegnere un incendio o, ancora, la consegna alle autorità italiane nel 1909 degli autori di reati commessi nei Palazzi vaticani — si limita a notare che la questione era ormai superata dalla Conciliazione e che discutere in proposito sarebbe stato non solo inutile, ma avrebbe « sollevato una di quelle questioni che, avvenuta una transazione, non debbono più essere riproposte dalle parti o dai terzi, finché ... la transazione rimanga ferma » (37). Ricorda, comunque, che recentemente l'opinione prevalente « tra gli scrittori più autorevoli e sereni » (tra i quali cita Trezzi, Del Giudice, Anzilotti, Gemma, Jemolo, Romano e le proprie lezioni del 1926-27) era stata nel senso di riconoscere alla Santa Sede la personalità internazionale, come del resto ad altri « subietti » con limitata capacità quali le colonie autonome, le unioni amministrative di Stati, la Società delle Nazioni (38). Quanto alla Conciliazione, notava che gli accordi tra Italia e Santa Sede erano stati conclusi senza che fosse stata esplicitamente accettata né l'una né l'altra tesi. Se lo Stato vaticano era la continuazione di quello Pontificio, la Santa Sede era intervenuta nel Trattato Lateranense « come rappresentante del medesimo »; se, invece, era stato creato un Stato nuovo, la Santa sede aveva assunto una posizione « analoga a quella degli enti o delle

(36) F. CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 45-46; in proposito cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit., loc. cit.*

(37) F. CAMMEO, *Ordinamento*, cit., p. 17.

(38) F. CAMMEO, *Ordinamento*, cit., pp. 20-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

persone ... incaricate di ricevere la dotazione di un ente erigendo » che « assumono l'obbligo, accettando, di curarne l'erezione » (39).

Una posizione certo più articolata e di maggiore spessore teoretico rispetto a quella adottata nelle « Lezioni » del 1927-28, ma in parte suggerita dall'aver accettato di partecipare all'elaborazione delle leggi del nuovo Stato e, soprattutto, dall'impossibilità di irrigidirsi, nel presentare il nuovo ordinamento vaticano, sui capisaldi di quelle dottrine giuridiche liberali che Pio XI aveva così decisamente stigmatizzato nel compiacersi, in più d'una occasione, degli accordi felicemente raggiunti con il regime di Mussolini, ben diverso da quello della « scuola liberale » per il quale « tutte quelle leggi, tutti quegli ordinamenti o piuttosto disordinamenti .... erano altrettanti feticci ... tanto più intangibili e venerandi, quanto più brutti e deformi » (40).

5. « Consulente della Santa Sede, principe del Foro, maestro indiscusso e venerato, Accademico d'Italia, Preside della Facoltà di Giurisprudenze di Firenze, tutto ad un tratto si trovò senza professione, senza cattedra, espulso dalle Accademie; non poteva frequentare le biblioteche, non poteva più pubblicare ... Un destino crudele: la legge che Cammeo aveva sempre studiato e venerato ... di punto in bianco lo toglieva dal mondo o peggio, lo privava di tutto ciò per cui aveva speso una vita » (41). Così, con molta efficacia, Giuseppe Morbidelli ha sintetizzato gli effetti della persecuzione razziale fascista che arrivò a colpire Cammeo anche da morto, collocandolo

---

(39) F. CAMMEO, *Ordinamento*, cit., p. 17.

(40) Così si espresse papa Ratti ricevendo, il 13 febbraio 1929, professori e studenti dell'Università Cattolica del S. Cuore (cfr., in proposito, A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, IV ed., Torino, 1955, p. 640).

(41) G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 101; sulla elaborazione delle leggi razziali cfr., da ultimo, M. SARFATTI, *Mussolini contro gli ebrei*, Torino, 1994 (in appendice sono riprodotti i principali testi normativi); sempre da consultare R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino 1961, giunta alla IV[a] edizione (1988), importante la testimonianza di E. MOMIGLIANO, *Storia tragica e grottesca del razzismo fascista*, Milano, 1946 e la rassegna di A. SPINOSA, *Le persecuzioni razziali in Italia*, in *Il Ponte*, luglio-novembre 1952 e luglio 1953; significativa per quanto riguarda l'applicazione di tali leggi la ricerca *L'ebreo in oggetto. L'applicazione della normativa antiebraica a Torino 1938-1943*, a cura di F. Levi, Torino, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in congedo assoluto dal Regio Esercito cinque mesi dopo la sua scomparsa (42).

Singolare il parallelismo con il caso di un altro grande giurista di famiglia ebraica: Mario Falco, allievo del Ruffini, professore di diritto ecclesiastico a Milano, liberale « per coscienza e per formazione culturale » — come scrisse Calamandrei di Cammeo (43) —, sostanzialmente autore della normativa del 1930-31 sulle comunità ebraiche e sull'organizzazione dell'ebraismo italiano quale membro della Commissione Berio incaricata dal guardasigilli Rocco nel marzo 1929 di predisporre la legislazione in materia (44). Meno di dieci anni dopo, le leggi razziali lo priveranno della cattedra, lo emargineranno dalla professione (potrà solo preparare riservatamente memorie per amici avvocati come Edoardo Ruffini — che aveva da parte sua già perso la cattadra di storia del diritto italiano a Perugia per aver rifiutato, insieme al padre Francesco, il giuramento di fedeltà al regime — e come Piero Calamandrei) e lo escluderanno da ogni attività editoriale (45).

Se Calamandrei ha ricordato, per Cammeo, che « perfino di continuare a frequentare biblioteche pubbliche gli era proibito e di continuare a studiare e a pubblicare i suoi studi (l'ultimo suo articolo scritto per le onoranze a Santi Romano, fu rimandato indietro dall'editore ...) » e che « certi conoscenti di ieri non lo conoscevano più, anzi addirittura non lo vedevano più » (46), Jemolo ha fatto esplicito riferimento, per Falco, ai « voltagabbana, ai professori ed avvocati che, amici o allievi devoti fino al giorno prima, fingevano di non vederlo incontrandolo per via, e agli ebrei che cercavano ascendenti ariani », rammentando di avergli fermato l'invio di una lettera « bellissima letterariamente e sdegnatissima, scritta ad un alto magistrato che dirigeva un enciclopedia giuridica la quale aveva

---

(42) G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 104.

(43) G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 389.

(44) F. MARGIOTTA BROGLIO, *Falco Mario*, s.v. in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXX, Roma, 1994, p. 233 sgg.

(45) F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit., loc. cit.*; cfr. anche M. VISMARA MISSIROLI, *Caro Falco. Lettere di F. Ruffini a M. Falco (1906-1932)*, in *Quaderni di dir. e pol. eccl.*, 1, 1993, pp. 229-290.

(46) P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 395.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stampato [dopo il 1938] una sua voce preparata da gran tempo, ma omettendo la firma » (47).

Eppure tutti e due uomini d'ordine, rispettosi della legalità, non avversari del fascismo, anche se certamente non « uomini di regime » (48): la presenza di Falco nella Commissione governativa per la legislazione sulle comunità istraelitiche era dovuta non solo alla sua fama di giurista esperto del diritto ecclesiastico e dei diritti confessionali, ma alla sua rappresentatività in quel mondo dell'ebraismo italiano che aveva cominciato ad organizzarsi fin dalla costituzione del Consorzio volontario delle comunità italiane; la collaborazione di Cammeo all'opera di costruzione dell'ordinamento dello Stato vaticano nato dall'alleanza tra Chiesa e fascismo del 1929, era dovuta sia alla sua grande fama di giurista, sia alla ricordata amicizia personale con Francesco Pacelli, non a deleghe del regime.

Si pone, quindi, ancora una volta, la necessità di affrontare globalmente ed espressamente un doppio ordine di problemi se si vogliono approfondire tutti i risvolti della cultura giuridica italiana del periodo tra le due guerre mondiali. Quello dei giuristi italiani di fronte al regime fascista, alle sue istituzioni ed espressioni culturali e scientifiche, esaminato da studi settoriali o di singole personalità spesso di notevole importanza e ampiezza, ma non nei suoi aspetti complessivi, né attraverso l'analisi delle mentalità collettive, specialmente del tipo « sconsolato ossequio alle leggi » (49), o lo spoglio di carteggi rivelatori che cominciano ad essere disponibili, con una particolare attenzione per determinati momenti (il giuramento, le leggi razziali, etc.) o esperienze (la costruzione dello

---

(47) A.C. Jemolo, *Mario Falco nel XXV anniversario della scomparsa*, in *La Rassegna mensile di Israel*, XXXIV, 1968, 12, p. 667; cfr. anche A.M. Falco-F. Margiotta Broglio, *Ebrei e cattolici. Il giardino dell'amicizia*, in *Il Corriere della Sera*, 14 ottobre 1993, p. 33 (con lettere Jemolo-Falco e Falco-Jemolo dell'ottobre 1943).

(48) G. Morbidelli, *op. cit.*, p. 51; P. Calamandrei, *op. cit.*, p. 394; cfr. anche R. De Felice, *op. cit.*, pp. 327 sgg. e M. Michaelis, *Mussolini and the Jews*, Oxford, 1978 (tr. it., *Mussolini e la questione ebraica*, Milano, 1982), in particolare il cap. 5 della p. II; dello stesso si veda la critica alle tesi di M. Ledeen (*The Evolution of Italian Fascist Antisemitism*, in *Jewish Social Studies*, XXVII, genn. 1975, pp. 3-17) esposta in *Ancora sulla questione ebraica nell'Italia Fascista*, in *Nuova Antologia*, CXVI, apr.-giu. 1981, pp. 230-249.

(49) P. Grossi, *op. cit.*, pp. 142 sgg.; Cfr. anche F. Cipriani, *op. cit.* pp. 580-81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stato totalitario, le codificazioni). E quello in generale del comportamento politico degli ebrei e in particolare del loro atteggiamento di fronte al fascismo, con le necessarie, profonde distinzioni da operare tra e diverse comunità italiane (basta pensare a quella di Torino e a quella di Roma), con la dovuta attenzione alla loro profonda integrazione nazionale, ma anche alla convivenza, nell'ebraismo italiano, della « tendenza all'assimilazione *classica*, per così dire, quella all'affermazione dell'eguaglianza nella diversità qui, quella alla separazione là » (50). Un duplice ordine di problemi, si è detto, che, a sua volta, implica l'approfondimento del problema storico dell'antisemitismo italiano.

Certi casi come quello di Cammeo e di Mario Falco mostrano tutta la pretestuosità di una delle esibite motivazioni dell'antisemitismo fascista: « quella per cui gli ebrei italiani avrebbero rappresentato complessivamente un gruppo ed un centro d'agitazione antifascista » (51). Come ha ricordato Roberto Finzi, alla « retata » torinese del 1934, in cui cadono molti antifascisti anche di origine ebraica, si rispose da parte di un settore dell'ebraismo italiano con la pubblicazione de « La nostra bandiera » edita « da un gruppo di israeliti fascisti particolarmente attivi » (52). E non va trascurato quanto emerge da recenti ricerche su Giovanni Gentile il quale, il 21 agosto 1938, scriveva al vice-direttore della Normale di Pisa: « la marea cresce al punto che, secondo quel che mi vien detto, non permetterebbero più neanche la circolazione dei libri di autori ebraici ... Ho pensato per tanto che conviene affrettare per tutte le

---

(50) R. FINZI, *Gli ebrei nella società italiana dall'Unità al Fascismo*, in *La difesa della razza*, numero spec. da *Il Ponte*, XXXIV, 11-12, p. 1407; cfr. anche M. MOLINARI, *Ebrei in Italia: un problema di identità (1870-1938)*, Firenze, 1991, pp. 25 sgg., 101 sgg.; M. MICHAELIS, *Mussolini*, cit., pp. 25 sgg.; A.M. CANEPA, *Emancipazione, integrazione e antisemitismo liberale in Italia*, in *Comunità*, XXIX, giugno 1975, pp. 168 sgg. L. LIVI, *Gli ebrei alla luce della statistica*, I, Firenze, 1918; S. FOA, *Gli ebrei nel Risorgimento italiano*, Assisi-Roma, 1978; F. DELLA PERUTA, *Le « interdizioni » israelitiche*, in *Società e storia*, 1983, p. 770 ss.; M. TOSCANO, *L'uguaglianza senza diversità: Stato, società e questione ebraica nell'Italia liberale*, in *Storia contemporanea*, 1994, pp. 685 ss..

(51) R. FINZI, *op. cit.*, p. 1406.

(52) R. FINZI, *op. cit.*, p. 1406; cfr. anche G. VALABREGA, *Ebrei, fascismo, sionismo*, Urbino, 1974, pp. 41-57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ragioni un colloquio col Duce ... Sono molto preoccupato per questa faccenda. Bisognerà pur difendere la verità » (53).

Tornando, per concludere, a Cammeo ed alla parte da lui avuta nell'elaborazione e poi nell'illustrazione dell'ordinamento giuridico dello Stato vaticano nato con il Trattato Lateranense, va notato che, stando alla bibliografia più recente (54), nessuna rivista giuridica o di cultura vicina alla Chiesa o comunque al mondo cattolico, ebbe a ricordarlo né al momento della morte, né dopo la caduta del fascismo. Secondo quanto la figlia Elisa ha riferito a Franco Cipriani, un suo appello al papa perché intervenisse in favore della madre, della sorella Maria e della zia Lina Levi, deportate ad Auschwitz nel maggio del '44, non sortì alcun esito per l'affermata impossibilità da parte di Pio XII di aiutarle.

Conoscendo gli stretti rapporti di Cammeo con la famiglia Pacelli e con lo stesso futuro pontefice, c'è da immaginare che il Vaticano abbia tentato il tentabile e fatto tutto il possibile. Rimane, però, il cruccio di non poter conoscere, per il divieto di accedere alle fonti archivistiche vaticane, la reazione dei governanti di quello Stato (l'amico Pacelli era morto nel '35) di cui era stato in buona misura il « legislatore », di fronte sia ai « tormenti che la campagna razziale mise in opera contro gli innocenti » (55), privando Cammeo della cattedra e del foro, sia a quella fredda giornata del marzo 1939 (56) nella quale, dietro alla bara « desolata » di Federico Cammeo « c'erano soltanto — come ha ricordato Calamandrei — i parenti e con loro pochi amici e quattro o cinque colleghi fedeli » (57). La predominante preoccupazione per

---

(53) G. Gentile, al v. direttore della Scuola Normale di Pisa, Chiavacci, Roma, 21 agosto 1938, in P. Simoncelli, *L'amico ebreo di Gentile*, in *Avvenire*, 12 novembre 1994, p. 23 (cfr. anche Id., *Cantimori, Gentile e la Normale di Pisa*, Milano, 1994, pp. 79-80).

(54) La si veda indicata, *passim*, nel volume dei *Quaderni fiorentini* a lui dedicato e citato alla nota 4; F. Cipriani (op. cit., p. 581) ricorda che « non si potette pronunciar verbo né tantomeno scrivere qualche rigo per ricordarne la scomparsa », mentre P. Calamandrei, si sofferma (*Diario 1939-1945*, a cura di Agosti, Firenze, 1982, I, p. 21) sul non pubblicato necrologio di Carnelutti, sconsigliato da Farinacci.

(55) P. Calamandrei, *F. Cammeo*, cit., pp. 395-96.

(56) P. Calamandrei, *op. cit.*, p. 396.

(57) A.C. Jemolo, *Commemorazione*, cit., p. 132; sui funerali di M. Falco cfr. F. Margiotta Broglio, *Falco Mario*, cit., loc. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la difesa dei diritti e degli interessi cattolici, non aveva probabilmente lasciato spazi per accompagnare, in quel delicato frangente, al cimitero israelitico di Firenze l'illustre maestro che, nell'*Introduzione* all'opera sull'ordinamento vaticano più volte richiamata, non aveva esitato a dichiararsi disposto a considerare senz'altro errate le proprie opinioni e interpretazioni e ad abbandonarle prontamente « non appena da fonte Vaticana *intervenisse* ... una qualsiasi diversa opinione o interpretazione, giuridicamente autorizzata o anche scientificamente autorevole » (58).

(58) F. CAMMEO, *Ordinamento*, cit., p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ILSE STAFF

COSTANTINO MORTATI: VERFASSUNG IM MATERIELLEN SINN

Ein Beitrag zur Rechtsentwicklung im faschistischen Italien und im Deutschland der Weimarer Zeit und im Nationalsozialismus.

I. Zum Thema und seinen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen

1) *Zum Thema.*

Im « Intervista sul fascismo » hat Renzo De Felice die Aussage getroffen, die Unterschiedlichkeiten zwischen dem italienischen Faschismus und dem deutschen Nationalsozialismus « sono enormi, ... sono due mondi, due tradizioni, due storie, talmente diversi, che è difficilissimo riunirli poi in un discorso unitario ». Inwieweit ein Minimum von Gemeinsamkeiten zwischen Faschismus und Nationalsozialismus bestehe, so De Felice, bedürfe konkreter Analysen (1). Eine derartige Analyse sei im folgenden im Hinblick auf die staatsrechtlichen Theorien versucht, die Costantino Mortati(1891-1985) (2) während des Faschismus entwickelt und wissenschaftlich begründet hat (3). Das in der faschistischen Zeit entstandene Werk

---

(1) De Felice, Renzo, Intervista sul fascismo, a cura di Michael A. Ledeen (1975), 7. ed., Laterza, Roma-Bari 1982, pp. 24/25.

(2) Vgl. zur Person und zum Werk Mortatis: Lanchester, Fulco, *Costantino Mortati e la dottrina » degli anni trenta*, in: *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, a cura di Fulco Lanchester, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1989, pp. 89-110.

(3) Die von Mortati nach Ende des Faschismus vertretenen Rechtsansichten zum Verfassungsrecht der Republik Italien, deren Verfassung am 1. Januar 1948 in Kraft

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mortatis paradigmatisch für eine Untersuchung hinsichtlich der Vergleichbarkeiten italienischen und deutschen Staatsrechtsverständnisses heranzuziehen, rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß Mortati in der wissenschaftlichen italienischen Literatur weithin als derjenige gekennzeichnet wird, der während des Faschismus eine neue Verfassungsdoktrin herausgebildet habe, die sich einerseits von derjenigen des Liberalismus abgesetzt und die andererseits in einzelnen Momenten bereits das Fundament für die Arbeiten der Costituente vorbereitet habe, aus denen die Verfassung der Republik Italien vom 1. Januar 1948 hervorging. Paolo Grossi verweist auf die außergewöhnliche kulturelle Leistung Mortatis, die zu einer Überwindung verfehlter juristischer Formalismen geführt und dem Begriff der Verfassung eine veränderte, vitale Dimension zugeschrieben habe, mit der die Verbindung von Staat und Gesellschaft neu geknüpft und der Regierung eine aktiv gestaltende Rolle zuerkannt worden sei (4). Maurizio Fioravanti sieht in Mortatis während der Zeit des Faschismus entwickelten Staatstheorie eine Erneuerung des traditionellen italienischen öffentlichrechtlichen Denkens, die Entwicklung einer « nuova dottrina giuridica della costituzione » (5). Für Pietro Costa bleiben in dem insbesondere in Mortatis Werk « La costituzione in senso materiale » (6) entfalteten Verfassungsbegriff zwar alle Elemente traditioneller Staatstheorie enthalten, erscheinen aber wie in einem puzzle völlig neu geordnet: dem sozialen Substrat eines Staates (« il polo sociale ») werde von Mortati eine neue, nicht nur soziologisch, sondern juristisch relevante Rolle zugemessen; die Notwendigkeit eines Verständnisses

---

trat, bleiben in diesem Beitrag — der Themenstellung entsprechend — unberücksichtigt.

(4) GROSSI, Paolo, *Pagina Introduttiva*, in: *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi, Giuffrè, Milano 1990, pp. 1-5 (3/4).

(5) FIORAVANTI, Maurizio, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in: *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi, Giuffrè, Milano 1990, p. 45-185 (114); vgl. auch *DERS., Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in: *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. 3-87 (54 ss.).

(6) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1940.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der Regierung als einer im Hinblick auf die sozialen Bedürfnisse einer Massengesellschaft globalsteuernden Instanz werde unterstrichen (7).

Die Werke Mortatis, die verfassungsrechtlich als Abwendung vom liberalen Denken und als Neuorientierung hinsichtlich einer den Anforderungen einer antagonistischen Gesellschaft adäquaten Verfassungsdoktrin gewertet werden, sind ab 1931 entstanden.Der Neuansatz hinsichtlich der Regierungsfunktion als aktiver, richtungsweisender Instanz, als vierter Gewalt im Staat, wurde von Mortati bereits in seiner Dissertation « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano » (8) entwickelt und von Panunzio auf dem Ersten Italienischen Juristischen Kongreß im Oktober 1932 als fundamentale Einsicht im Hinblick auf die absolute Suprematie der Regierung gegenüber allen anderen Staatsfunktionen, auch der gesetzgebenden, im faschistischen System gerühmt (9). In der gleichen Arbeit Mortatis sind im Keim schon jene Überlegungen zum materiellen Verfassungsbegriff enthalten (10), die er 1940 in seinem Werk « La costituzione in senso materiale » voll entfalten sollte: die Annahme eines der staatlichen Organisation nicht nur zugrundeliegenden, sondern ihr vorausgehenden Ordnungsprinzips als materielle Verfassung. Während Mortati die formelle Verfassung mit der herrschenden Lehre als abstraktes, generelles Regelungswerk einordnete, wurde von ihm als materielle Verfassung das in der jeweiligen historischen Situation vereinheitlichte, bereits als juristisch zu wertende System aller gesellschaftli-

---

(7) COSTA, Pietro, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Giuffrè, Milano 1986, p. 314, p. 311, p. 300 s.; vgl. auch *DERS., La giuspubblicistica dell'Italia unità; il paradigma disciplinare*, in: *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Laterza 1990, pp. 89- 145 (p. 140 ss.).

(8) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Anonima Romana Editoriale, Roma 1931; vgl. zur richtitungsweisenden Funktion der Regierung auch ID., *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in: *Annali della Università di Macerata*, vol. XIV, 1941, pp. 1-46.

(9) PANUNZIO, Sergio, *Leggi costituzionali del regime, estr. dagli Atti del I Congresso giuridico italiano*. Le relazioni, Roma 1933, pp. 64/65.

(10) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm.8), p. 62 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chen Aktivitäten in ihren vielfältigen Differenzierungen verstanden, vorausgesetzt, daß diesem System eine strukturelle Ordnung von relativer Konstanz zu eigen war (11).

2) *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.*

Diese von Mortati während der faschistischen Zeit entwickelten verfassungsrechtlichen Neuansätze, die im folgenden noch im Detail darzustellen und zu analysieren sein werden, mit in Deutschland vertretenen Theorien zum Staatsrecht und zur Staatslehre vergleichen zu wollen, kann nicht bedeuten, sich als Vergleichsgegenstand auf die Werke zu beschränken, die in Deutschland während des Nationalsozialismus entstanden sind. Eine derartige Eingrenzung der Vergleichsebene verbietet sich deshalb, weil mit ihr von der wissenschaftlich nicht begründbaren Prämisse ausgegangen würde, die während des Faschismus von Mortati entwickelte Verfassungsdoktrin sei ausschließlich durch das totalitäre faschistische System bedingt und auf es bezogen und von daher sei ein Vergleich speziell mit deutschen staatsrechtlichen Werken aus der nationalsozialistischen Zeit gerechtfertigt. Zu überprüfen ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Arbeiten Mortatis aus der faschistischen Zeit vielmehr zunächst, welche Theorieelemente tatsächlich im Zusammenhang mit dem Faschismus und dem von ihm geschaffenen rechtlichen Regelungswerk stehen und welche unabhängig vom politischen System als Anwort auf die Probleme zu werten sind, die in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts durch ökonomische, soziale und politische Umstrukturierungen entstanden sind.Eine solche Differenzierung bei einer Analyse der Werke Mortatis bedingt hinsichtlich eines Vergleichs mit deutscher Staatstheorie die Berücksichtigung des Zeitfaktors und dies heißt die Beachtung der Ungleichzeitigkeiten, die sich aus den verfassungsrechtlichen Entwicklungen in Italien und in Deutschland ergeben. Zu verdeutlichen sind daher die in Italien und Deutschland bestehenden normativen Regelungen, vor deren Hintergrund die zu vergleichenden Staatstheorien zu sehen sind, wobei die vielfältigen politischen,

(11) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 15 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ökonomischen und sozialen Faktoren, die die Verfassungswirklichkeit beider Länder mit bestimmt haben, zunächst außer Betracht bleiben können.

Von besonderer Bedeutung im Hinblick auf die in beiden Ländern zur Entstehung kommenden Staatstheorien ist die Tatsache, daß sich in Deutschland die verfassungsrechtliche Entwicklung von einem liberalen konstitutionellen System zu einer demokratischen Republik und erst dann zur nationalsozialistischen Diktatur vollzog, in Italien jedoch der Übergang vom liberalen zum faschistischen System unmittelbar erfolgte. Anfang der dreißiger Jahre, als Mortatis wissenschaftliche Laufbahn begann, war Deutschland noch Republik, während in Italien die meisten der das faschistische System prägenden Gesetze bereits verabschiedet waren. Der liberale « Statuto Albertino », der von dem am 4. März 1848 von Carlo Alberto, dem König von Sardinien erlassenen « Statuto del Regno di Sardegna » seinen Ausgang nahm, blieb zwar formell in Kraft, wurde aber durch die faschistische Gesetzgebung grundlegend geändert. Durch Gesetz vom 24. Dezember 1925, n. 2263 wurden die « Befugnisse und Vorrechte » des Regierungschefs, d.h. Mussolinis geregelt. Durch die in diesem Gesetz getroffenen Bestimmungen, daß ohne Einwilligung des Regierungschefs kein Tagesordnungspunkt vom Parlament verhandelt werden konnte (Art. 6 I) und der Regierungschef im Ergebnis Gesetze auch gegen den Willen der Abgeordneten durchsetzen konnte (Art. 6 II und III), ging faktisch die gesetzgebende Gewalt auf Mussolini über. Die rechtliche Regelungsbefugnis des Regierungschefs wurde durch Gesetz vom 31. Januar 1926, n. 100 zudem noch dadurch erweitert, daß das exekutive Verordnungsrecht praktisch seinem freien Ermessen überlassen wurde.

Eine entscheidende Rolle für die Gesamtorganisation des faschistischen Staates spielte die Gesetzgebung, mit der der « Stato corporativo », der Korporativstaat, begründet werden sollte, der zwar in der Realität niemals die beabsichtigte Wirkung einer Konzentration der Produktivkräfte entfaltete, während die auf ihn abzielende Gesetzgebung jedoch eine erhebliche Verstärkung exekutiver Macht zur Folge hatte. Bereits 1922 war auf einem Kongreß in Bologna beschlossen worden, nationale Korporationen unter zentraler Kontrolle zu gründen (12). Mit Gesetz vom 3. April 1926, n. 563 wurde bestimmt, daß nur den Gewerkschaften die rechtliche Anerkennung als Korporationen zugesprochen werden sollte, deren « nationale Treue » gesichert schien und dies bedeutete, daß eine Anerkennung nur für die faschistischen Gewerkschaften in Frage kam. Eine nähere Konkretisierung des Gesetzes vom 3. April 1926 erfolgte durch ein Dekret (R.D. 1 luglio 1926, n. 1130) , dessen Bedeutung insbesondere darin zu

(12) Vgl. zur Entwicklung des Stato corporativo: AQUARONE, Alberto, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino 1965, p. 111 ss. ; vgl. zum sog. « patto di palazzo Vidoni » vom 2. Oktober 1925 als erstem Schritt zur Zerschlagung des freien Gewerkschaftswesens und zur Stabilisierung des faschistischen Systems: DE FELICE, Renzo, *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato 1925-1929*, Einaudi, Torino 1968, p. 98 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sehen ist, daß in Art. 43 bestimmt wurde, den (noch zu gründenden) Korporationen komme nicht der Charakter einer juristischen Person zu, vielmehr seien sie staatliche Verwaltungsorgane. Damit waren die Korporationen unmittelbarer staatlicher Kontrolle unterstellt. Als staatliches Kontrollorgan wurde mit Dekret vom 2. Juli 1926 (R.D. 2 luglio 1926, n. 1131) ein Ministerium gegründet, das speziell für die Korporationen zuständig war (Ministero delle Corporazioni), praktisch aber eine koordinierende Funktion hinsichtlich aller auch in den Zuständigkeitsbereichen anderer Ministerien auftauchenden ökonomischen Fragen haben sollte (13).

Als eigentliches Kernstück der faschistischen Reform des gesamten Produktionswesens wurden am 21. April 1927 die Grundsätze der « Carta del lavoro » festgeiegt und am 30. April 1927, n. 100 im amtlichen Publikationsorgan, der Gazetta ufficiale del regno publiziert (14). Durch Gesetz vom 13. Dezember 1928, n. 2832 wurde die Regierung ermächtigt, mit Gesetzeskraft alle Maßnahmen zur Durchsetzung der Carta del lavoro zu treffen. Erklärtes Ziel war es, aufgrund der Bestimmungen der Carta del lavoro ein integratives Zusammenwirken von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu erreichen: beide wurden ausdrücklich den « höheren Interessen der Produktion » unterstellt (Art. IV der Carta del lavoro). Als regulierendes und kontrollierendes Organ hinsichtlich des Arbeits- und Produktionssektors wurde die Magistratura del Lavoro eingeführt. Das gesamte die Funktion der Gewerkschaften und der ihnen übergeordneten Korporationen betreffende Regelwerk wurde zwar bereits bald nach seinem Zustandekommen Anlaß heftiger theoretischer Kontroversen (15), zeigte aber erst praktische Auswirkungen, als die Korporationen durch Gesetz vom 5. Februar 1934, n. 163 gegründet wurden.

Ende der zwanziger Jahre war für die Entwicklung des faschistischen Staatswesens bedeutungsvoller, daß mit Gesetz vom 17. Mai 1928, n. 1019 rechtlich das faktisch längst bestehende Einparteiensystem bestätigt wurde: gemäß Art. 1 des Gesetzes bildete das Parlament eine einzige nationale Körperschaft; das Recht, Deputierte vorzuschlagen, wurde ausschließlich den gewerkschaftlichen Verbänden zuerkannt, die gemäß des Dekrets vom 1. Juli 1926, n. 1130 gesetzlich anerkannt waren und gesetzlich anerkannt

---

(13) Vgl. dazu SANTOMASSIMO Gianpasquale, *Aspetti della politica culturale del fascismo: il dibattito sul corporativismo e l'economia politica*, in: *Italia contemporanea*, a.27, n. 121, 1975, pp. 3-25(6); vgl. ferner: DE FELICE, Renzo, *Mussolini il duce, I. Gli anni del consenso 1929-1936* Einaudi, Torino 1974, p. 161 ss.

(14) Die Genese der Carta del lavoro (zwei Entwürfe von Giuseppe Bottai und ein Entwurf von Alfredo Rocco) und die endgültige Fassung der Carta del lavoro sind ersichtlich aus: DE FELICE, Renzo, *Mussolini il fascista II. L'organizzazione dello stato fascista, 1925-1929* (Anm. 12), Appendice 5, p. 525 ss.

(15) Vgl. zum Richtungsstreit der italienischen Korporativisten: *Atti del Secondo Convegno di studi sindacali e corporativi*, tenuto a Ferrara 5-8 maggio 1932, 3 vol. (vol. I: Relazioni; vol. II: Comunicazioni; vol. III: Discussioni), Tipografia del Senato, Roma 1932; vgl. ferner: AQUARONE, Alberto, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino l965, p. 198 ss.; DE FELICE, Renzo, *Mussolini il duce. I. Gli anni del consenso 1929-1936* (Anm. 13), p. 12 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wurden gem. Art. 1 des Gesetzes vom 3. April 1926, n. 563 nur die Gewerkschaften, deren Treue zum faschistischen System gewährleistet schien. Die gesamten Organisationsprinzipien des formell weiterbestehenden Statuto Albertino wurden schließlich durch Gesetz vom 9. Dezember 1928, n.2693 ausgehöhlt: der « Große Rat des Faschismus » (Gran Consiglio del fascismo) wurde zum obersten Organ des faschistischen Italien erklärt, dem gemäß Art. 1 des Gesetzes alle Befugnisse zuerkannt wurden, um die Aktivitäten des « aus der Revolution vom Oktober 1922 » hervorgegangenen faschistischen Regimes zu koordinieren und zu integrieren. Abgesehen von diesen organisatorischen Regelungen wurden die Rechte der Individuen den totalitären faschistischen Zwecken unterstellt und entsprechend beschränkt; dies vor allem durch das Gesetz vom 25. November 1926, n. 2008, das als « Maßnahme zur Verteidigung des Staates » deklariert wurde.Dieses Gesetz wurde durch eine Relation Mussolinis und ein Dekret ergänzt (Relazione e R.D. 18 giugno 1931, n. 773), durch das insbesondere eine Verschärfung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse eingeführt wurde. Ab 1938 paßte sich das faschistische Italien mit seiner Rasse-Gesetzgebung seinem politischen Verbündeten, dem nationalsozialistischen Deutschen Reich an;es ergingen die « Provvedimenti per la difesa della razza italiana » (R.D. — L. 17. novembre 1938, p. 1728) , die « Disciplina dell'esercizio della professione da parte dei cittadini di razza ebraica » (L. 29 giugno 1939, n. 1054) und die « Disposizioni in materia testamentaria nonché sulla disciplina dei cognomi, nei confronti degli appartenenti alla razza ebraica » (L. 13. luglio 1939, n. 1055) (16).

Am 9. September 1943 wurde in Italien der Waffenstillstand mit den Allierten geschlossen. Obgleich Mussolini im Norden Italiens die Repubblica di Salò gründete und die Alliierten erst 1945 ganz Italien besetzten, wurde bereits im Juni 1944 aus allen antifaschistischen Kräften Italiens die Consulta Nazionale gebildet, die die politischen, rechtlichen und organisatorischen Voraussetzungen für die Wahl der verfassungsgebenden Versammlung, der Costituente und des Volksentscheids schuf. Mortati, der nach 1945 dem Partito Democratico Christiano (DC) beitrat und zunächst im parteiinternen Rahmen an der Vorbereitung einer neuen italienischen Verfassung beteiligt war, wurde für die Democrazia Christiana Mitglied der Kommission zur Erarbeitung eines Wahlgesetzes für die Costituente und war schließlich in der Costituente in der Kommission für die Erarbeitung der Voraussetzungen einer Reorganisation des italienischen Staates tätig (17). Die deutsche politische und verfassungsrechtliche Entwicklung vollzog sich im Vergleich zu derjenigen Italiens mit zeitlichen Verschiebun-

(16) Vgl. zur Judenverfolgung in Italien: De Felice, Renzo, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*. Prefazione di Delio Cantimori, 2 vol. (1961), 4. ed., Einaudi, Torino 1988.

(17) Vgl. zur Mitwirkung Mortatis am Zustandekommen der Verfassung der Republik Italien vom 1. Januar 1948: BRUNO, Fernanda, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costanttino Mortati*, in: *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di Ugo De Siervo, 2 vol., Il Mulino, Bologna 1980, vol. II, pp. 59-178; vgl. auch ID., *Costantino Mortati e la Costituente*, in: *Costantino Mortati. Costitutionalista calabrese*, a cura di Fulco Lanchester (Anm. 2), pp. 135-156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gen. Als 1931 im faschistischen Italien Mortatis erstes wissenschaftlich relevantes Werk erschien (18), war in Deutschland noch die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 in Kraft, wenn auch ihr demokratischer Gehalt zu Beginn der dreißiger Jahre in der Verfassungswirklichkeit schon weithin ausgedünnt war. Die Weimarer Reichsverfassung(WRV) läßt sich sowohl im organisatorischen wie auch im materiellrechtlichen Teil als Kompromiß zwischen den in Deutschland nach dem Ersten Weltkrieg und nach der Novemberrevolution von 1918 vorhandenen bürgerlichen und sozialistischen Strömungen verstehen (19). Gem. Art. 1 WRV war das Deutsche Reich eine demokratische Republik mit gem. Art. 5 WRV föderaler Struktur. In den Art. 20-23 WRV war der Charakter der WRV als repräsentative Demokratie geregelt. Gesetzesvorlagen konnten gem. Art. 68 Abs. 1 WRV von der Reichsregierung oder aus der Mitte des Reichstages eingebracht werden, wobei die Reichsregierung zur Einbringung einer Gesetzesvorlage grundsätzlich der Zustimmung des Reichsrates bedurfte. Die Reichsgesetze wurden gem. Art. 68 Abs. 2 WRV vom Reichstag beschlossen, vom Reichspräsidenten ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt verkündet. Die Weimarer Reichsverfassung konnte zwar im Wege der Gesetzgebung abgeändert werden; Beschlüsse des Reichstages auf Abänderung der Verfassung kamen gem. Art. 76 Abs. 1 WRV jedoch nur dann rechtswirksam zustande, wenn zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl des Reichstages anwesend waren und wenigstens zwei Drittel der Anwesenden dem Gesetzesbeschluß zustimmten.

Das Repräsentativsystem war in der Weimarer Reichsverfassung allerdings mit plebiszitären Elementen gemischt, die ihre stärkste Wirkung entfalteten, soweit sie mit der Rechtsstellung des Reichspräsidenten verknüpft waren. Der Reichspräsident wurde gem. Art. 41 WRV plebiszitär gewählt. Ihm standen gem. Art. 48 WRV das Reichsexekutionsrecht, d.h. das Einschreiten gegen ein Land mit Hilfe der bewaffneten Macht (Art. 48 Abs. 1) sowie die Diktaturgewalt zu, die ihn unter bestimmten Voraussetzungen auch berechtigte, Grundrechte außer Kraft zu setzen (Art. 48 Abs. 2). Verfassungsrechtlich bedeutsam war auch, daß der Reichspräsident gem. 73 Abs. 1 und Abs. 4 WRV die Befugnis hatte, ein vom Reichstag beschlossenes Gesetz vor seiner Verkündung zum Volksentscheid zu bringen. Damit war dem Reichspräsidenten — neben den an Quoten gebundenen Möglichkeiten von Volksentscheid und Volksbegehren durch stimmberechtigte Bürger (Art. 73 Abs. 2 und Abs. 3 WRV) — das Recht zuerkannt, eine plebiszitäre Gesetzgebung gegen den Parlamentswillen zu initiieren.

Zur Fragilität des Parlaments als primärem Repräsentativorgan in einer

---

(18) MORTATI, COSTANTINO, L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano (Anm. 8).

(19) Vgl. zum Kompromißcharakter der Weimarer Reichsverfassung: KIRCHHEIMER, *Otto, Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (1930), in: *DERS., Politik und Verfassung*, Frankfurt am Main 1964, S. 9 ff. (52 ff.); NEUMANN, Franz Leopold, *Der Niedergang der deutschen Demokratie* (1933), in: *DERS., Wirtschaft, Staat, Demokratie*, hrsg. von Alfons Söllner, Frankfurt am Main 1978, S. 103 ff. (109).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Demokratie trug ferner bei, daß gem. Art. 22 Abs. 1 S. 1 WRV ein unbeschränktes Verhältniswahlrecht vorgesehen war, das integrierende Parlamentsentscheidungen erschwerte. Schließlich ist im Hinblick auf die von der Weimarer Reichsverfassung vorgesehene Organisationsstruktur festzuhalten, daß die Reichsregierung (Art. 52 WRV) zwar gem. Art. 54 WRV parlamentarischer Kontrolle unterstand, daß es aber kein konstruktives Mißtrauensvotum gab, eine Regierungskontinuität also institutionell nicht abgesichert war. Hinsichtlich der in der Weimarer Reichsverfassung normierten Grundrechte (Art. 109-165) ist anzumerken, daß sie, insbesondere soweit es um sozialrelevante Bereiche ging, als Verfassungsaufträge formuliert waren; es bedurfte daher zu ihrer Konkretisierung eines gesetzgebenden Beschlusses des Parlaments, das wegen seiner aufgrund des uneingeschränkten Verhältniswahlrechts parteienmäßigen Aufsplitterung selten zu einem mehrheitsfähigen Kompromiß gelangte, sodaß es zu einer Absicherung individueller, sozialpolitisch bedeutsamer grundrechtspositionen und einer sozialadäquaten Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung in der Weimarer Republik nicht kam.

Mit der Berufung des sog. Präsidialkabinetts unter der Kanzlerschaft von Brüning am 30. März 1930 setzte der Prozeß der « Auflösung der ersten deutschen Demokratie » (20) ein, der sich unter den Reichskanzlern von Papen (1. Juni bis 3. Dezember 1932) und von Schleicher (3. Dezember 1932 bis 28. Januar 1933) fortsetzte. Das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren wurde faktisch durch die präsidiale Diktaturgewalt gem. Art. 48 Abs. 2 WRV ersetzt (21). Das Präsidialregime mündete am 30. Januar 1933 in den Übergang der Regierungsgewalt des Reichs an das von Hitler geführte neue Reichskabinett ein. In Deutschland begann die nationalsozialistische Diktatur.

Der mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten ansetzende Abbau demokratischer und rechtsstaatlicher Garantien vollzog sich sehr viel schneller als derjenige der sich in Italien 1922 mit Beginn des Faschismus ereignete (22). Wie in Italien der Statuto Albertino, wurde in Deutschland die Weimarer Reichsverfassung nicht formell aufgehoben, sondern durch eine entsprechende Gesetzgebung unterlaufen. Das sogenannte « Staatsgrundgesetz » des nationalsozialistischen Systems war das am 24. März 1933 verabschiedete Ermächtigungsgesetz (Gesetz zur Behebung der Not von

---

(20) So BRACHER, Karl Dietrich, *Das deutsche Dilemna. Leidensweg der politischen Emanzipation*, München 1971, S. 118; vgl. auch *DERS., Die deutsche Diktatur. Entstehung-Struktur-Folgen des Nationalsozialismus* (1969), 7. Aufl., Köln/ Berlin 1993, S. 185 ff.

(21) Vgl. dazu POETZSCH-HEFFTER, Friedrich, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung*, I.Teil, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd.21 (1933/1934), S. 127 ff.; vgl. auch die ausführliche Darstellung bei HUBER, Ernst Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VII: *Ausbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1984, S. 749 ff.

(22) Auf die Entstehungsgründe beider diktatorischer Systeme und die — auch insoweit — bestehenden Unterschiedlichkeiten kann in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Volk und Reich, RGBl. I, S. 141), durch das nicht nur die gem. Art. 68 Abs. 2 WRV bestehende alleinige Gesetzgebungskompetenz des Reichstages aufgehoben (Art. 1), sondern die Weimarer Reichsverfassung insgesamt weithin zur Disposition der Reichsregierung gestellt wurde (Art. 2). Die ersten verfassungsrechtlich einschneidenden Gesetze, die von der nationalsozialistischen Reichsregierung erlassen wurden, richteten sich gegen das föderative System der Weimarer Reichsverfassung. Am 31. März 1933 erging das sog. Erste gleichschaltungsgesetz (Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich, RGBl. I, S. 153), durch das der Gesetzgebungsweg der Länder nach der Maßgabe des Ermächtigungsgesetzes geändert wurde und auch die gemeindlichen Selbstverwaltungskörper gleichgeschaltet wurden (23). Die parlamentarisch-demokratische Struktur der Länder wurde am 30. Januar 1934 durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reichs (RGBl. I, S. 75) aufgehoben, durch das die Hoheitsrechte der Länder auf das Reich übergeleitet wurden. Endgültig zerstört wurde der Föderalismus der Weimarer Reichsverfassung durch das Gesetz über die Aufhebung des Reichsrats vom 14. Februar 1934 (RGBl. I, S. 89). Das parlamentarische System insgesamt wurde durch das Gesetz gegen die Neubildung von Parteien vom 14. Juli 1933 (RGBl. I, S. 479) beseitigt, das entgegen seiner Bezeichnung nicht nur die Neubildung politischer Parteien verbot, sondern in § 1 die NSDAP als einzige politische Partei in Deutschland anerkannte. Darüberhinaus erklärte das Gesetz zur Sicherung von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933 (RGBl. I, S. 1016) die NSDAP ausdrücklich zur « Trägerin des deutschen Staatsgedankens und (als) mit dem Staat unlöslich verbunden » (1 Abs. 1) und ging damit von einer Vorherrschaft der Partei im gesamten staatlichen Bereich aus, die dem Faschismus in dieser Form fremd war (24).

Die ökonomische Entwicklung während des Nationalsozialismus ist gekennzeichnet durch eine starke Zentralisierung unter Betonung des Führergedankens auch in Betrieben und Unternehmen (25). Ideen eines korporativen Staates, die dem Modell des faschistischen Stato corporativo hätten entsprechen können, waren im NS-Staat zwar erwogen, alsbald aber

---

(23) Die « Gleichschaltung » der Länder wurde fortgesetzt durch das Zweite Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7. April 1933, RGBl. I, S. 173, das am 30. Januar 1935 durch das Reichsstatthaltergesetz (RGBl. l, S. 65) abgelöst wurde.

(24) Vgl. dazu MUSSOLINI, Benito, *La dottrina del fascismo*, una storia del movimento fascista di Gioacchino Volpe, Treves-Treccani-Tumminelli, Milano-Roma 1932, Part. II: *Dottrina politica e sociale*, p. 20; vgl. zu den unterschiedlichen Einordnungen der faschistischen Partei während der Zeit des Faschismus bei gleichbleibender Annahme der dominanten Stellung des Staates: COSTA, Pietro, *Lo Stato immaginario*(Anm. 7), p. 347 ss.

(25) Vgl. zur « Grundlegung und Veränderung der gesellschaftlichen Verfassung im NS-Staat » : BROSZAT, Martin, *Der Staat Hitlers*, München 1969, S. 173 ff. sowie S. 370 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wieder verworfen worden (26). Wie im faschistischen Italien wurden auch im nationalsozialistischen Deutschland die freien Gewerkschaften zerschlagen. Am 4. April 1933 erging das Gesetz über Betriebsvertretungen und wirtschaftliche Vereinigungen (RGBl. I, S. 161), durch das den obersten Landesbehörden die Ermächtigung zuerkannt wurde, Wahlen zu den gesetzlichen Betriebsvertretungen « aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung » auszusetzen und das zudem den Arbeitgebern die Möglichkeit gab, Arbeitnehmer wegen des Verdachts « staatsfeindlicher Einstellung » zu entlassen. In der am 10. Mai 1933 gegründeten Deutschen Arbeitsfront (DAF) wurden ein « Gesamtverband der deutschen Angestellten » und ein « Gesamtverband der deutschen Arbeiter » zusammengeschlossen. Endgültig aufgehoben wurde die Tarifautonomie durch das Gesetz über Treuhänder der Arbeit vom 19. Mai 1933 (RGBl.I, S. 285), durch das die staatlichen « Treuhänder » « bis zur Neuordnung der Sozialverfassung rechtsverbindlich für die beteiligten Personen die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen » regeln konnten (§ 2). Am 20. Januar 1934 erging das Gesetz zur nationalen Arbeit (RGB1.I, S. 45) durch das nicht nur die Rechtsfigur der Treuhänder der Arbeit übernommen wurde (§§ 18-22, § 32), sondern das « Führer- und Gefolgschaftsprinzip » für alle Betriebe eingeführt und eine enge Koppelung zwischen Betriebsführer und der Nationalsozialistischen Betriebszellen-Organisation (NSBO) abgesichert wurde. Explizit als Instrumentarium zur Wirtschaftslenkung war das Gesetz über Errichtung von Zwangskartellen vom 15. Juli 1933 (RGBl.I, S. 488) konzipiert, nach dessen 1 Unternehmungen « zum Zwecke der Marktregelung » im Interesse der « Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls » zwangsweise zusammengeschlossen werden konnten und der Aufsicht des Reichswirtschaftsministers unterstellt wurden (§ 3) (27).

Anders als im Faschismus spielte im Nationalsozialismus der Gesichtspunkt der Volksgemeinschaft und damit unmittelbar verbunden der der Ausgrenzung sog.rassisch und politisch « Andersartiger » eine ideologisch bestimmende Rolle. Bereits nach dem Programm der NSDAP vom 24. Februar 1920 (Punkt 4) sollte deutscher Staatsbürger nur der sein können, « wer Volksgenosse ist » und Volksgenosse konnte nur derjenige sein, « wer deutschen Blutes ist. .. .Kein Jude kann daher Volksgenosse sein » (28). Nach der nationalsozialistischen Machtergreifung wurde zunächst versucht, die personelle Zusammensetzung des öffentlichen Dienstes derart auszu-

---

(26) Vgl. dazu BROSZAT, Martin, *Der Staat Hitlers* (Anm. 25), S. 222 und S. 226 f.

(27) Vgl. als Lenkungsinstrumentarium hinsichtlich der gewerblichen Wirtschaft das Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaues der deutschen Wirtschaft vom 27. Februar 1934 (RGBl. I, S. 185) und die Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Vorbereitung des organischen Aufbaues der deutschen Wirtschaft vom 27. November 1934 (RGBl. I, S. 1194).

(28) Vgl. den Abdruck von Punkt 4 und 5 des Programms der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei vom 24. Februar 1920 in: *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*, hrsg. von Martin Hirsch, Diemut Majer, Jürgen Meinck, Köln 1984, S. 240.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gestalten, daß die Durchsetzung nationalsozialistischer Ideologie gewährleistet schien. Dies geschah insbesondere durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 (RGBl. I, S. 175), das den Ausschluß von sog. Nicht-Ariern aus der Beamtenschaft regelte und darüberhinaus die Entfernung von politisch mißliebigen Beamten aus dem öffentlichen Dienst vorsah. Weitere Ausgrenzungen von sog. rassischen oder « artfremden » Minderheiten erfolgten 1935 anläßlich des Nürnberger Parteitages. Nach dem Reichsbürgergesetz vom 15. September 1935 (RGBl. I, S. 1146) konnte Reichsbürger nur « der Staatsangehörige deutschen oder artverwandten Blutes (sein), der durch sein Verhalten beweist, daß er gewillt und geeignet ist, in Treue dem Deutschen Volk und Reich zu dienen » (§ 2) (29). Das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935 (RGBl. I, S. 1146) sollte die « Reinheit des deutschen Blutes » durch das Verbot von Eheschließungen und außerehelichem Geschlechtsverkehr zwischen « Juden und Staatsangehörigen deutschen und artverwandten Blutes » erhalten. Bereits ab 1933 errichteten die Nationalsozialisten Konzentrationslager zur Ausgrenzung und zur Vernichtung von sog. Staatsfeinden und Nicht-Ariern (30).

Die Gesamtkapitulation der deutschen Wehrmacht am 7./8. Mai 1945 beendete nicht nur den Zweiten Weltkrieg, sondern bedeutete gleichzeitig den Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staates, weil Deutschland zu diesem Zeitpunkt keine staats- und völkerrechtlich legitimierten Vertretungen mehr besaß (31). Die Beratungen der vier Siegermächte (Frankreich, Großbritannien, Sowjetunion, Vereinigte Staaten) über die sog. Deutschlandfrage in London im November/Dezember 1947 scheiterten. Erst nach den Beschlußfassungen auf der Sechsmächtekonferenz in London im Februar/März und April/Juni 1948, an der Frankreich, Großbritannien, die Vereinigten Staaten und die Benelux-Länder teilnahmen, konnten die Arbeiten für eine Verfassung der Bundesrepublik Deutschland beginnen. Am 23. Mai 1949 wurde das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland verkündet (RGBl. S. 1) und trat am 24. Mai 1949 in Kraft.

---

(29) Wer als « Jude » oder « jüdischer Mischling » galt, wurde durch die Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935 (RGBl.I, S. 1333) bestimmt.

(30) Die Verbringung sog.Staatsfeinde, unter denen zunächst vor allem Kommunisten und Sozialdemokraten verstanden wurden, in Konzentrationslager begann bereits Anfang März 1933 und wurde auf die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (RGBl. I, S. 83) gestützt, die in Grundrechtseingriffe « auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen » für zulässig erklärte. Die systematische Judenverfolgung begann 1938; vgl. dazu BROSZAT, Martin, *Nationalsozialistische Konzentrationslager*, in: BUCHHEIM, Hans u.a., *Anatomie des SS Staates*, 2 Bde., Olten, Freiburg 1965, Bd.2, S. 9-160.

(31) Vgl. dazu BVerfGE 2, 1 ff. (56 ff.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Zur verfassungsrechtlichen Problematik staatlicher Organisation in der modernen Massengesellschaft

Die Theorien zum Staatsrecht und zur Staatslehre, die in Italien und in Deutschland die verfassungsrechtlichen Entwicklungen vom liberalen zum totalen Staat begleiten, die sie interpretieren, sie in unterschiedlicher Weise zu beeinflussen versuchen, kreisen insgesamt um die Frage, welche rechtlichen Instrumentarien den gesellschaftspolitischen und ökonomischen Problemen einer Massengesellschaft adäquat sein könnten.

Es ist kennzeichnend, daß Mortati in seiner 1931 publizierten Arbeit « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano » einleitend sagt, es gehe ihm um die Bestimmung der Funktion der Regierung im « Stato moderno » und den « modernen Staat » deutlich absetzt von dem Staat, der durch ein liberales parlamentarisches Regierungssystem bestimmt war (32). Der « Stato moderno » bedarf für Mortati einer zentralen Steuerung und dies — wie er in seinem 1936 erschienen Beitrag « Note sul potere discrezionale » betont — auch und gerade im ökonomischen Bereich (33). Steuerungsinstanz ist für ihn die Regierung. Mortati unterstreicht, die Regierung müsse im « Stato moderno » als Verkörperung des Einheitsprinzips begriffen werden, als « oberstes Organ », das die politischen Ziele eines Staates bestimme und sie lenke. Die Regierung habe den Charakter einer selbständigen (vierten) Staatsfunktion, wobei sie sich von den klassischen Staatsfunktionen der gesetzgebenden, exekutiven und judikativen Gewalt dadurch unterscheide, daß ihr unmittelbarer, direkter Zweck in der Wahrung staatlicher Einheit bestehe (34).

Der Einschätzung Mortatis, der « moderne Staat » des 20. Jahrhunderts bedürfe einer zentralen Steuerungsinstanz, entsprechen im wesentlichen die Auffassungen deutscher Staatsrechtler und Staatstheoretiker, die in etwa dem gleichen Zeitraum wie

---

(32) Mortati, Costantino, *L'ordinamento del nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 5; p. 179 ss.

(33) Mortati, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (1936), in: id., *Raccolta di scritti*, 4 vol., Giuffrè, Milano 1972, vol. III, pp. 997-1020 (p. 1002).

(34) Mortati, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm.8), pp. 8/9, p. 16, p. 21, pp. 13/14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mortati zu dieser Problematik Stellung genommen haben, wenn sich auch ihre Argumentationen und Schlußfolgerungen teils erheblich voneinander unterscheiden. Smend hatte bereits 1923 die Besonderheit der « politischen Gewalt im Verfassungsstaat » thematisiert und die Regierung als den Funktionsbereich gekennzeichnet, « in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt » (35). Carl Schmitt hebt den Charakter des Staates als politischer Entscheidungsinstanz hervor, die durch die Regierung repräsentiert werde (36). Koellreutter spricht von der Notwendigkeit politischer Führung und definiert sie als « oberste politische Zielsetzung und Gestaltung » (37). Für Ernst Rudolf Huber ist die « Führung » die entscheidende politische Funktion, die « die Befugnis und die Kraft zur ungehemmten und alleinverantwortlichen Entscheidung voraus (setzt) » (38). Eine bewußte und entschiedene Durchsetzung von Staatsgewalt im Sinne einer « rechtlich organisierte(n) politische(n) Macht » fordert auch Hermann Heller (39); er betont, daß « eine starke politische Verselbständigung der Regierung im Rahmen des demokratischen Parlamentarismus eine unbedingte Notwendigkeit » sei (40). In der Grundtendenz übereinstimmend begründen auch Franz Leopold Neumann und Otto

---

(35) SMEND, Rudolf, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in: *DERS., Staatsrechtltliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. erw. Aufl, Berlin 1968, S. 68 ff. (79); Mortati beruft sich explizit auf Smends Einordnung der Regierungsgewalt, vgl. Mortati, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm.8).

(36) Vgl. zum Staat als maßgebender politischer Einheit: SCHMITT, Carl, *Der Begriff des Politischen* (1927), 3. Aufl., Hamburg 1933, S. 11, S. 26/27; vgl. zur Regierung als Repräsentantin staatlicher Einheit: SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 214.

(37) KOELLREUTTER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin 1936, S. 6; vgl. auch *DERS., Deutsches Verfassungsrecht,* Berlin 1935, S. 143 ff.

(38) HUBER, Ernst Rudolf, *Vom Sinn der Verfassung* , Hamburg 1935, S. 23; vgl. auch *DERS., Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, Hamburg 1935, S. 81 ff.; *DERS., Die Einheit der Staatsgewalt*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 1934, Sp. 950 ff. (954).

(39) HELLER, Hermann, *Staatslehre* (1934), in: *DERS., Gesammelte Schriften,* hrsg. von Martin Draht, Gerhart Niemeyer, Otto Stammer, Fritz Borinski, 3 Bde., Leiden 1971, Bd. 3, S. 79 ff. (355).

(40) HELLER, Hermann, *Genie und Funktionär in der Politik* (1930), in: *DERS., Gesammelte Schriften* (Anm. 39), Bd. 2, S. 611 ff. (622).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Kirchheimer, daß der sich seit Beginn dieses Jahrhunderts zunehmend verstärkende Wandel der Wirtschafts- und Sozialstruktur zu einer Konzentration außerparlamentarischer staatlicher Macht und zu einem Staatsinterventionismus führe (41).

Die Unterstreichung der Notwendigkeit einer staatlichen Steuerungsinstanz für das von Mortati als « Stato moderno » gekennzeichnete Staatswesen des 2o. Jahrhunderts sowohl im italienischen wie im deutschen Staatsrecht und in der Staatslehre wird in seiner Bedeutung als verfassungsrechtlicher Neuansatz im Vergleich zu den in Italien und Deutschland herrschenden Auffassungen zur Einordnung der unterschiedlichen Staatsfunktionen in der konstitutionellen Monarchie deutlich. Die insoweit in beiden Ländern vertretene Verfassungsdoktrin ging zwar in scheinbar bruchloser Fortsetzung der Lehren der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vom Bestehen einer staatsleitenden Funktion aus (42), maß ihr aber dogmatisch nicht mehr die zentrale Bedeutung zu, die ihr im Zusammenhang mit dem monarchischen Prinzip insbesondere in der vorkonstitutionellen Zeit zuerkannt worden war, sondern bestimmte sie negativ, nämlich als Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist und sich von der Verwaltung nur äußerst unbestimmt als die Funktion abgrenzen läßt, die auf ein Zusammenwirken aller staatlichen Kräfte hinzuwirken hat (43). Daß

---

(41) NEUMANN, Franz Leopold, *Die Herrsschaft des Gesetze* (1936), Franfurt am Main 1980, S. 314 ff.; *DERS., Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944* (1942), Köln-Frankfurt am Main 1977, S. 59/60; KIRCHHIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 9 ff. (40 ff.); *DERS., Zur Frage der Souveränität* (1944), in: *DERS., Politik und Verfassung* (Anm. 19) S. 57 ff. (81 ff.)

(42) Zoepfl hatte Mitte des 19. Jahrhunderts « das Regieren » noch als « freie Selbstthätigkeit des Souveräns in der obersten Leitung des Staatswesens » bezeichnet und hinzugefügt, der « Unterschied von Regieren und Verwalten » habe « zum Theile... schon in der autokratischen Monarchie » bestanden und sei « überhaupt in der Natur der Sache begründet »; vgl. ZOEPFL, Heinrich, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, 2 Theile (1841), 5. Aufl. 1863, S. 252, S. 253, FN.7

(43) Vgl. ORLANDO, Vittorio Emanuele, a cura di, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano,* 3 vol., Società Editrice Libraria, Milano 1901, vol. 3, p. 902 ss.; RANELLETTI, Oreste, *Principii di diritto-amministrativo*, vol. I — *Introduzione e nozioni fondamentali*, Pierro, Napoli 1912, p. 341; LABAND, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 4 Bde., Neudruck der 5. Aufl., Tübingen 1911, Aalen 1964, Bd. 2,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

im Laufe der zwanziger und insbesondere der dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts nahezu einmütig eine aktive Staatstätigkeit in Form einer staatlichen Steuerung bejaht wurde, die über diejenige eines Einsatzes staatlicher Maßnahmen zur Aufrechterhaltung eines prinzipiell als funktionsfähig vorgestellten freien Marktes hinausgehen sollte, läßt sich zunächst auf objektiv vorliegende ökonomische Gründe zurückführen. Spätestens seit 1929 hatte die Weltwirtschaftskrise die strukturellen Mängel des liberalen Wirtschaftssystems aufgedeckt (44). Die ökonomische Wissenschaft reagierte auf die Krisenerscheinungen mit der Erarbeitung von Theorien, mit denen die « klassische » konkurrenzkapitalistische Wirtschaftspolitik gravierend geändert werden sollte. Noch bevor 1936 Keynes' « General Theory of Employment, Interest and Money » (45) publiziert wurde, plädierten Wirtschaftswissenschaftler für eine antizyklische staatliche Interventionspolitik (46).

Die synchronistischen Verknüpfungen zwischen Staats- und

S. 175 u. S. 177; BORNHAK, Conrad, *Preußisches Staatsrecht*, 3 Bde., 2. Aufl., Breslau 1911, Bd.l, S. 463; HATSCHEK Julius, *Deutsches und preußisches Staatsrecht,* 2 Bde., Berlin 1922, S. 552; Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht,* 2 Bde., 3. Aufl., München und Leipzig 1924, Bd. l, S. 2/3; Georg Jellinek unterscheidet im Bereich der Verwaltung die freie und die gebundene Tätigkeit und bezeichnet die freie Tatigkeit innerhalb der Verwaltung als Regierung im materiellen Sinn, vgl. Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 6. Neudruck, Bad Homburg v.d.H 1959, S. 616 ff.

(44) Vgl. dazu ZORN, Wolfgang, *Staatliche Wirtschafts- und Sozialpolitik und öffentliche Finanzen 1800-1970*, in: *Handbuch der deutschen Wirtschaft- und Sozialgeschichte*, hrsg von Hermann Aubin und Wolfgang Zorn, 2 Bde., Stuttgart 1976, Bd. 2, S. 148 ff.

(45) KEYNES, John M., *The General Theory of Employment, Interest and Money,* London 1936.

(46) Vgl. dazu GARVY George, *Keynesianer vor Keynes* (1975), in: *Der Keynesianismus*, hrsg. von Gottfried Bombach, Hans-Jürgen Ramser, Manfred Timmermann, Walter Wittmann, 5 Bde., Berlin, Heidelberg, New-York 1976, Bd. II, S. 21 ff. Garvy zitiert in seinem Beitrag eine — wie er selbst sagt — « eigenartige Bemerkung » Keynes', die sich (nur !) im Vorwort zur deutschen Ausgabe der Allgemeinen Theorie (1936) findet und den im Kontext dieses Beitrages nicht uninteressanten Wortlaut hat: « Trotzdem kann die Theorie der Produktion als Ganzes, die den Zweck des folgenden Buches bildet, viel leichter den Verhältnissen eines totalitären Staates angepaßt werden als die Theorie der Erzeugung und Verteilung einer gegebenen, unter Bedingung eines freien Wettbewerbes und eines großen Maßes von ' laissez-faire ' erstellten Prduktion », vgl. GARVY, a.a. 0., S. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wirtschaftswissenschaften im Hinblick auf die Forderung nach staatlichen Steuerungsmaßnahmen sagen allerdings noch nichts darüber aus, wie die einzelnen Vertreter der Staatsrechtslehre die ökonomische und gesellschaftspolitische Situation ihrer Zeit jeweils analysieren und welche Folgerungen sie daraus für das Rechtssystem ziehen. Für sie waren zudem in diesem Zusammenhang zusätzlich die politischen Veränderungen zu berücksichtigen, die sich durch die Erweiterung der staatsbürgerlichen Rechte ergeben hatten.In Italien wurde mit Gesetz vom 30 giugno 1912 n. 665 das (begrenzte) allgemeine Wahlrecht eingeführt, durch das alle Männer, die das dreißigste Lebensjahr vollendet oder Militärdienst geleistet hatten, die Wahlberechtigung erhielten. Diese Regelung wurde durch Gesetz vom 15 agosto 1919 n. 1401 geändert, durch das alle Männer mit Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres wahlberechtigt wurden. In Deutschland wurde 1871 für das Reich das Wahlgesetz für den Reichstag des Norddeutschen Bundes vom 31. Mai 1869 als Reichswahlgesetz übernommen, das allen männlichen Reichsangehörigen ab Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres das Wahlrecht zuerkannte, während in Preußen bis 1918 das Dreiklassenwahlrecht bestehen blieb.

1) *Ende des liberalen Parlamentarismus: Diktatur oder Demokratie* ?

a) *Zur Vereinbarkeit von Parlamentarismus und Demokratie*

Einigkeit besteht zwischen Mortati und der deutschen Staatsrechtslehre darüber, daß die Zeit des liberalen Parlamentarismus — wie Kirchheimer es ausdrückt — « unwiderbringlich dahin » ist (47); divergierend sind dagegen die Ansichten hinsichtlich der Möglichkeit der Verbindung der Strukturelemente des Parlamentarismus und der Demokratie zur Staatsform einer parlamentarischen Demokratie.

aa) Mortati begründet relativ knapp, weshalb in seiner Sicht ein parlamentarisches Regierungssystem den im Laufe des zwanzigsten Jahrhunderts entstandenen und zunehmend weiter entste-

(47) KIRCHHEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

henden politischen Anforderungen nicht gewachsen sein könne. Der Parlamentarismus sei auf die ökonomische Struktur des Liberalismus zugeschnitten; sie sei geprägt durch ein begrenztes Wahlrecht und eine dadurch bedingte homogene Zusammensetzung des Parlaments. Mortati benennt nicht explizit das Bürgertum als die im Parlament des 19. Jahrhunderts ausschließlich vertretene Schicht, sondern er setzt dies als selbstverständlich voraus, wenn er sagt, die aufgrund der Ausgestaltung des Wahlrechts im Parlament vertretenen Abgeordneten hätten die politische Fähigkeit gehabt, die Einheit des Staates zu repräsentieren. Repräsentation der Einheit des Staates habe bedeutet, daß auch die Interessen derjenigen Berücksichtigung gefunden hätten, die von aktiver politischer Betätigung im Parlament ausgeschlossen gewesen seien. Im liberalen Parlamentarismus habe es Meinungsverschiedenheiten, nicht aber destruktive, konsensausschließende Interessengegensätze gegeben. Die Einführung des allgemeinen Wahlrechts habe zu einem Klassenantagonismus im Parlament geführt, der sich zunehmend dadurch zuspitze, daß die politischen Parteien dazu tendierten, mit ihnen interessenmäßig nahestehenden wirtschaftlichen Organisationen zu kooperieren. Dies mache parlamentarische Beschlußfassungen, insbesondere aber die Wahrnehmung von Regierungsaufgaben zunehmend schwieriger. Die Tragweite einer derartigen Schwächung der Regierungsfunktionen werde vor dem Hintergrund der Entstehung neuer Staatsaufgaben und der Stärke der internationalen Konkurrenz deutlich (48). Der Staat als Einheit sei nicht reduzierbar auf die Summe Einzelner.Dringlich sei es, wegzukommen von der « bruta potenza del numero », von den unsinnigen Abstimmungen im Parlament, und eine « konkrete Repräsentation » des Staates bei der Verfolgung staatlicher Zielsetzungen zu erreichen (49). Die Unvereinbarkeit von Parlamentarismus und Demokratie wird von Mortati nicht theoretisch begründet, sondern mit Hinweis auf die Notwendigkeit der Machtkonzentration in der

(48) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), pp. 32/3, p. 36. Vgl. zur wirtschaftlichen Planung als neuer Staatsaufgabe auch ID., *Note sul potere discrezionale* (Anm.33), p. 1002, n. 5.

(49) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm.8), p. 62 s., p. 156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Regierungsgewalt zur Wahrung staatlicher Einheit und zur Erreichung politischer Zwecke vorausgesetzt und im übrigen anhand von Verfassungen europäischer parlamentarischer Demokratien, darunter auch der Weimarer Reichsverfassung, zu belegen versucht (50).

Kennzeichnungen des Parlamentarismus als eines ausschließlich der Gedankenwelt des Liberalismus entsprechenden Systems finden sich auch in der deutschen Staatsrechtslehre.Die dezidiertesten Darstellungen stammen von Carl Schmitt, der sehr viel ausführlicher als Mortati auf die Unvereinbarkeit von Parlamentarismus und Demokratie eingeht. Schmitt hatte bereits 1923 die Meinung vertreten, der Parlamentarismus sei an die geschichtliche Situation des 19. Jahrhunderts und an den « Liberalismus als konsequentes, umfassendes, metaphysisches System » gebunden gewesen;er unterscheide sich grundlegend von den Prinzipien der Demokratie (51). In seinem 1926 publizierten Beitrag « Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie » (52) in dem er sich mit der Kritik von Thoma (53) auseinandersetzt, er habe die Grundlagen des modernen demokratischen Parlamentarismus verkannt, vertieft Schmitt seine Argumentation, die er dann in seiner 1928 in erster Auflage erschienenen « Verfassungslehre » nochmals zusammenfaßt. Die ideellen Grundlagen des Parlamentarismus seien nur im Liberalismus gegeben gewesen, in einer Epoche, in der das Parlament von einem durch Bildung und Besitz geprägten Bürgertum getragen gewesen sei: Bildung als « persönliche Qualität », die das Bürgertum zu einer « allgemeinen Nationalrepräsentation » befähigte;Besitz als Grundlage für eine Interessenvertretung im Parlament, weil die an den Besitz gebundene

---

(50) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm.8), p. 42 ss.

(51) SCHMITT, Carl, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), unveränd. Nachdruck der 1926 erschienenen 2. Aufl., 5. Aufl., Berlin 1979, S. 30 ff.

(52) SCHMITT, Carl, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie* (1926), in: *DERS., Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939, Hamburg 1940, S. 52 ff.*

(53) THOMA, Richard *Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur* in: *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 1925, Bd. 53, S. 212 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Steuer- und Abgabenzahlung die Mitbestimmung und Kontrolle im Parlament rechtfertigte (54). Diese Grundlagen des Parlamentarismus sind für Schmitt mit Entstehung der parlamentarischen Demokratie von Weimar entfallen.Eine öffentliche Diskussion im Parlament finde nicht mehr statt, weil die einzelnen Abgeordneten im Parteienstaat interessen- und klassenmäßig gebunden seien und die maßgeblichen Entscheidungen außerhalb des Parlaments in interfraktionellen Besprechungen und in Übereinkünften mit Interessenverbänden getroffen würden; das Parlament fungiere nur noch « als Bureau für eine technische Umschaltung in den staatlichen Behördenapparat » (55). Daß nicht mehr ein in sich homogenes Bürgertum das Volk repräsentiere, sondern — vermittelt durch die politischen Parteien — Vertreter unterschiedlicher, unter sich konkurrierender wirtschaftlicher und sozialer Interessengruppen, lasse das Parlament zu einem « bloßen Abbild der pluralistischen Aufteilung des Staates selbst » werden; die Einheit des Staates werde zerstört, das Zustandekommen politischer Entscheidungen unmöglich gemacht (56). Die Schlußfolgerungen, die Schmitt aus seinen Überlegungen zum « Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie » zieht, lauten ähnlich wie diejenigen, die Mortati 1931 vertreten hat. Mortati will die « bruta potenza del numero » des Parlamentarismus überwunden sehen und plädiert für eine Regierung, die das Volk in seiner « essenza politica », in der Synthese dessen repräsentiert, was seiner « vocazione storica » gerecht wird (57); Schmitt spricht von der Sicherheit der Erkenntnis, daß « Demokratie etwas anderes ist als ein Registriersystem geheimer Abstimmungen « und ist der Überzeugung, daß » diktatorische und cäsaristische Methoden nicht nur von der acclamatio

(54) SCHMITT Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 310 ff.

(55) SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 318/319.

(56) SCHMITT, Carl, *Die Wendung zum totalen Staat*(1931), in: *DERS., Positionen und Begriffe* (Anm. 52), S. 155 ff.; vgl. auch *DERS, Der Hüter der Verfassung* (1931), 3. Aufl., Berlin 1985, S. 89; *DERS., Der Begriff des Politischen* (Anm. 36), S. 26; vgl. im gleichen Sinn: FORSHOFF, Ernst, *Der totale Staat*, Hamburg 1933, S. 26 ff.

(57) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 156, p. 19 unter Berufung auf Carl Schmitt, Verfassungslehre, München und Berlin 1928, S. 212 (das Erscheinungsjah. von Schmitts Werk datiert Mortati irrig auf 1929).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des Volkes getragen, sondern auch unmittelbare Äußerungen demokratischer Substanz und Kraft sein können » (58); es ist für ihn die Regierung, die « das geistige Prinzip der politischen Existenz darstellt und konkretisiert » (59). Die Ausführungen Schmitts können als paradigmatisch für die Meinung aller Vertreter deutscher Staatsrechtswissenschaften stehen, die die nationalsozialistische Diktatur als Überwindung der « Formaldemokratie » von Weimar ansahen, wenn sich auch ihre Argumentationen im Einzelnen teils unterscheiden (60). Der demokratische Parlamentarismus erscheint als in sich widersprüchliches System; das Ende des liberalen Parlamentarismus bedeutet das Ende des Parlamentarismus überhaupt. Die Einheit des Staates vermag in einer durch den Klassenantagonismus geprägten Gesellschaft nur durch die Konzentration aller Staatsgewalt in der Regierung gewahrt zu werden.

bb) Diese Analyse, die das Ende jeglichen Parlamentarismus für die Massendemokratie suggeriert, bleibt in der deutschen Staatsrechtslehre nicht unwidersprochen. Für Hermann Heller dient die Behauptung einer unvereinbaren Gegensätzlichkeit von liberalem Parlamentarismus und parlamentarischer Demokratie nicht « Erkenntniszwecken, sondern dem Bedürfnis der politischen Praxis, die Demokratie auf die bürgerliche Klasse zu beschränken ». In seiner politischen Funktion bedeute der liberale Parlamentarismus Emanzipation des Bürgertums, die parlamentarische Demokratie Emanzipation des Proletariats. Liberalismus und Demokratie hätten die gleichen ideengeschichtlichen Wurzeln; der Gesellschafts-

---

(58) SCHMITT, Carl, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie* (Anm. 51), S. 65.

(59) SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 212.

(60) Kennzeichnend für die Unterschiedlichkeiten in der Begründung des vom Staat zu verfolgenden « Einheitsprinzips » sind die Kontroversen zwischen Carl Schmitt und Otto Koellreutter, der den Gedanken « völkischer Gemeinschaft » von Schmitt nicht zureichend berücksichtigt sieht; vgl. dazu: KOELLREUTTER, Otto, *Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin 1935, S. 25; *DERS., Volk und Staat in der Weltanschauung des Nazionalsozialismus*, Berlin-Charlottenburg 1935, S. 10 ff.; vgl. dazu auch MAUNZ, Theodor, *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Hamburg 1934 S. 10; Huber, Ernst Rudolf, *Wesen und lnhalt der politischen Verfassung*, Hamburg 1935, S.44 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vertrag sei ihre gemeinsame Grundlage (61). Den Liberalismus als ausschließliche geistige Grundlage des Parlamentarismus anzusehen, ist für Kelsen Ideologie, die für ihn umso krasser hervortritt, wenn der Liberalismus — wie von Carl Schmitt — als « metaphysisches » System gewertet wird (62). Die absolute Wahrheit sei für Menschen nicht erkennbar; der Parlamentarismus sei Ausdruck einer konsequenten kritisch-relativistischen Grundeinstellung, weil sein Prinzip der Kompromiß und zwar « ein Kompromiß zwischen der demokratischen Forderung der Freiheit und dem allen sozialtechnischen Fortschritt bedingenden Grundsatz differenzierenden Arbeitsteilung » sei, einer Arbeitsteilung zwischen jeweiliger Mehrheit und jeweiliger Minderheit im Parlament; es sei eine bloße Fiktion zur Aufrechterhaltung der demokratischen Freiheitsideologie anzunehmen, es gebe die Realität einer volonté générale (63). Die parlamentarische Demokratie sei eine « bestimmte Methode der Erzeugung sozialer Ordnung »; sie sei die politische Ausdrucksform der tatsächlichen klassengespaltenen Machtlage, die sie in friedlichem Kompromiß auszugleichen habe (64).

Ob dieser von Kelsen als Aufgabe der parlamentarischen Demokratie bezeichnete Ausgleich der Klassengegensätze möglich ist, ob eine einheitliche Entscheidungsbildung — wie von Kelsen vorausgesetzt — durch die « Kraft der sozialen Integration » (65) bewirkt zu werden vermag, wird aber nicht nur von Mortati und Schmitt bestritten, sondern auch von den Vertretern deutscher

---

(61) HELLER, Hermann, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*(1926) in: *DERS., Gesammelte Schriften* (Anm. 39), Bd. 1, S. 267 ff. (333).

(62) Vgl. dazu Anm. 51.

(63) KELSEN, *Hans, Zum Problem des Parlamentarismus* (1925), in: *DERS., Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Ausgewählte Schriften vom Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, hrsg von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, 2 Bde., Wien, Frankfurt, Zürich, Salzburg, München 1968, Bd. 2, S. 1661 ff. (1663 f., 1684 ff.); *DERS., Zur Soziologie der Demokratie* (1926), dortselbst, S. 1729 ff. (1731 ff.); *DERS., Demokratie* (1927), dortselbst, S. 1743 ff. (1749 ff.); *DERS, Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), Neudruck der 2. umgearb. Aufl. Tübingen 1929, Aalen 1963, S. 29 ff.; DERS., *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen 1933, S. 25 ff.

(64) KELSEN, Hans, *Demokratie* (Anm 63), S. 1768, S. 1770; *DERS. Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Anm. 63), S. 57 ff.

(65) KELSEN, Hans, *Demokratie* (Anm. 63), S. 1766

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Staatsrechtslehre in Frage gestellt, die den Parlamentarismus nicht als ausschließliche Ausdrucksform des Liberalismus ansehen, sondern mit Entschiedenheit für eine parlamentarische Demokratie eintreten.Auch für sie geht es im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Parlamentarismus um die Homogenität der Zusammensetzung des Parlaments, dies aber mit anderer Akzentsetzung als für Mortati und Schmitt. Wenn Kirchheimer in fast wörtlicher Übereinstimmung mit Mortati und Schmitt sagt, der « alte Traum der 51%igen Mehrheit » entpuppe « sich endgültig als das, was er immer gewesen ist, als grob mechanistische Spielerei » (66), so besagt dies nicht, wie von Mortati und Schmitt angenommen, daß der Parlamentarismus an die « persönlichen Qualitäten » eines zur « allgemeinen Nationalrepräsentatiion » fähigen gebildeten Bürgertums gebunden ist (67), sondern es heißt, daß das Majoritätsprinzip der parlamentarischen Demokratie allein daraus seinen Sinn erhält, « wenn man die soziale Homogenität, die das Prinzip der sachlichen Wertgemeinschft der Demokratie in unserer heutigen Zeit darstellt, berücksichtigt » (68). Hermann Heller hatte bereits 1928 begründet, daß politische Einheitsbildung in einer parlamentarischen Demokratie nur dann möglich sei, wenn « ein bestimmtes Maß sozialer Homogenität » gegeben sei. Der Parlamentarismus setze die « Existenz einer gemeinsamen Diskussionsgrundlage » voraus « und damit die Möglichkeit eines fair play für den innenpolitischen Gegner... ». Diese Diskussionsgrundlage ist für Heller nur dann gegeben, wenn nicht die « ökonomische und zivilisatorische Überlegenheit » einer Klasse den öffentlichen Meinungsbildungsprozeß durch finanzielle Beherrschung der Massenmedien und der Bildungsinstitutionen verfälscht und damit die Regeln der Formaldemokratie zwar gewahrt werden, die Demokratie aber des Inhalts der gleichen Chance aller beraubt wird. Soziale Homogenität kann für Heller niemals Aufhebung der « notwendig antagonistischen Gesellschaftsstruktur » sein; sie bedeutet aber eine so-

(66) KIRCHHEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 24.

(67) Vgl. dazu Mortati (Anm. 49) und Schmitt (Anm. 54).

(68) KIRCHHEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ziale Ausgeglichenheit der Bürger, die eine bewußte Mitwirkung aller an der politischen und staatlichen Willensbildung in einer parlamentarischen Demokratie gewährleistet (69). Leibholz nimmt diesen Gedanken in einem im November 1932, also kurz vor der nationalsozialistischen Machtergreifung gehaltenen Vortrag auf, wenn er sagt, die Funktionsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie von Weimar sei durch das Fehlen politisch-sozialer Homogenität in Frage gestellt worden;das demokratische Prinzip habe seine ursprünglich vorhandene Evidenz verloren, sie sei « glaubenslos geworden » (70). Diese resignative Bemerkung Leibholz' könnte den Eindruck vermitteln, jedes demokratische parlamentarische Verfahren, das nicht durch eine sozial zureichend homogene Wählerschaft getragen ist, sei zum Scheitern verurteilt, bezieht sich aber realiter nur auf die letzte Phase der Weimarer Republik, in der ab 1930 das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren faktisch durch die präsidiale Diktaturgewalt gem. Art. 48 WRV ersetzt worden war (71). Dies hatte spezifische Gründe, die auch, aber nicht allein in der klassenmäßig bedingten Zerrissenheit des Parlaments lagen, sondern u.a.in hohem Maße mit verursacht waren durch eine durch antidemokratische Tendenzen bestimmte Bürokratie, deren Beamte von Poetzsch-Heffter durchaus zutreffend als « Diktaturhilfsorgane » bezeichnet wurden (72). Innerhalb der Demokratie von Weimar entstand durch die dem plebiszitär gewählten Reichspräsidenten gem. Art. 48 WRV eingeräumten Eingriffsbefugnisse und die sie stützende Bürokratie sowie ein zur Wahrnehmung seiner ihm gem. Art. 48 Abs. 3 WRV zustehenden Kontrollrechte nicht mehr fähiges

---

(69) HELLER, Hermann, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in: *DERS., Gesammelte Schriften* (Anm. 39), Bd. 2, S. 421 ff. (427 ff.).

(70) LEIBHOLZ, Gerhard, *Die Auflösung der liberalen Demokratie und das autoritäre Staatsbild*, München 1933, S. 49/50, vgl. auch S. 13/14. Daß der zitierten Publikation ein im November 1932 gehaltener Vortrag zugrundeliegt, geht aus dem Vorwort, S. 5 hervor.

(71) Vgl. zur Handhabung von Art. 48 WRV ab 1930: POETZSCH-HEFFTER, Fritz, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verassung*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 21 (1933/1934), S. 127 ff.

(72) POETZSCH-HEFFTER, Fritz, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Reichsverfassung* (Anm. 71), S. 130.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Parlament ein « Anti-Staat » (73), dessen Charakter Fraenkel als « bürokratischen Absolutismus » gekennzeichnet hat (74). Insofern war es keineswegs der Mangel an sozialer Homogenität in Wählerschaft und Parlament allein, der zum Zusammenbruch der Weimarer Republik führte;auf die historische Situation von Weimar läßt sich Mortatis und Schmitts These von der Unvereinbarkeit von Parlamentarismus und Demokratie nicht stützen.

Kirchheimer begründet die Funktionsfähigkeit des Parlamentarismus in der Massendemokratie auch durchaus nicht ausschließlich unter der Prämisse einer sozialen Homogenität der am politischen und staatlichen Willensbildungsprozeß Beteiligten, obgleich sie für ihn ein gewichtiger demokratischer Faktor ist (75), er versucht vielmehr zu belegen, daß die Behauptung « von der Unmöglichkeit der Demokratie in einer heterogenen Gesellschaft » unzutreffend ist (76). Damit nimmt er prinzipiell die von Kelsen vertretene These auf, die parlamentarische Demokratie sei die politische Ausdrucksform der klassengespaltenen Machtlage, die sie auszugleichen habe (77) und wendet sich wie dieser (78) gegen die Diktatur als angeblich einer heterogenen Gesellschaft einzig adäquate Staatsform. Kirchheimer entwickelt drei unterschiedliche,

---

(73) NEUMANN, Franz Leopold, *Der Niedergang der deutschen Demokratie* (Anm. 19), S. 112; vgl. auch *DERS., Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschftsverfassung* (1931) in: *DERS., Wirtschaft, Staat, Demokratie (Anm. 19), S.76 ff. (83/84).*

(74) FRAENKEL, Ernst, *Chronik*, in: *Die Justiz*, Bd. VII (Nov./Dez. 1931), Doppelheft 2/3, S. 127 ff. (130).

(75) KIRCHHEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 15; *DERS., Verfassunqsreaktion 1932* (1932), in: DERS., *Funktionen des Staats und der Verfassung*, Frankfurt am Main 1972, S. 62 ff. (76/77).

(76) KIRCHHEIMER, Otto, *Bemerkungen zu Carl Schmitts: ' Legalität und Legitimität '* (zusammen mit N. (athan) Leites) (1932/1933),in: DERS.,*Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, hrsg. von Wolfgang Luthardt (1976), 2. Aufl., Frankfurt am Main 1981, S. 113 ff. (122).

(77) Vgl. Anm. 64; vgl. dazu auch Kirchheimers Ausspruch, « daß die Demokratie nicht mehr ausdrücken kann als das, was vorher schon vorhanden war » in: KIRCHHEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 54.

(78) KELSEN, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Anm. 63), S. 64/65; *DERS., Staatsform und Weltanschauung* (Anm. 63).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aber miteinander verknüpfte Argumentationsketten. Er geht zunächst auf Carl Schmitts Behauptung ein, wer in einer parlamentarischen Demokratie die 51%ige Mehrheit habe, vermöge über Legalität und Illegalität nach Willkür zu verfügen und damit führe « das Prinzip eines inhaltslos funktionalistischen Legalitätsbegriffes sich selbst ad absurdum » (79). Dies vermag für Kirchheimer keine haltbare Option für eine autokratische Staatsform und gegen eine parlamentarische Demokratie zu begründen, weil auch in einer Autokratie Normen existieren und Entscheidungen getroffen werden könnten, die von « einer unbestimmten dissentierenden, aber hier möglicherweise über 49 Prozent hinausgehenden Zahl der Untertanen als ungerecht empfunden werden », die eine Appellationsmöglichkeit nicht haben, während in einer Demokratie aufgrund des ihr immanenten, von Schmitt argumentativ vernachlässigten Freiheitsprinzips die Chance der Rechtsverwirklichung für die überstimmte Minderheit bestehen bleibe, das Ausmaß einer maximalen Verwirklichung von Freiheit und Gleichheit also größer sei (80). Es sei insofern bezeichnend, daß sich in der Realität eine wachsende « Mitteleinstellung » zur Demokratie abzeichne: generell sähen die verschiedenen sozialen Klassen die « Optimalität » der demokratischen Staatsstruktur darin, daß « die demokratischen Machtchancen für jede einzelne von ihnen größer erscheinen als die außerdemokratischen » (81). Zum zweiten nimmt Kirchheimer das Argument Schmitts auf, die parlamentarische Demokratie stelle nicht nur durch ihren « inhaltslos funktionalistischen Legalitätsbegriffs » das Gleichheitsprinzip in Frage, sondern lasse die Mehrheit zum « Staat selbst » werden und erkenne ihr einen politischen Mehrwert zu, der die Gerechtigkeitsprinzipien preisgebe (82).

---

(79) KIRCHHEIMER, Otto, *Bemerkungen zu Carl Schmitts ' Legalität und Legitimität '* (Anm. 76), S. 118 mit Bezug auf Carl SCHMITT ' *Legalität und Legitimität* ', München und Leipzig 1932, S. 33.

(80) KIRCHHKEIMER, Otto, *Bemerkungen zu Carl Schmitts ' Legalität und Legitimat '* (Anm. 76), S. 114 ff.

(81) KIRCHHEIMER, Otto, *Bemerkungen zu Carl Schmitts ' Legalität und Legitimität '* (Anm. 76), S. 120 ff.

(82) KIRCHHEIMER, Otto, *Bemerkungen zu Carl Schmitts ' Legalität und Legitimität '* (Anm. 76), S. 136 ff. mit Bezug auf Carl SCHMITT, ' *Legalität und Legitimität* ' (Anm. 79), S. 35/36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Kirchheimer belegt anhand einer eingehenden Analyse dessen, was Schmitt unter der Gerechtigkeit gleicher Chancen in einer Demokratie versteht, daß zwar die völlige Realisierung einer Chancengleichheit immer eine Utopie bleiben werde, daß die Demokratie aber aufgrund der staatsbürgerlichen Freiheits- und Gleichheitsgewährleistung « die einzige Staatsform » sei, « die eine institutionelle Garantie eines noch so einschneidenden Machtwechsels bei völliger Kontinuität der Rechtsordnung vorsieht » und sich darüberhinaus « dem Ziel der ' gleichen Chance ' weitgehend anzunähern » vermag (83). Schließlich bezieht sich Kirchheimer auf Schmitts Behauptung der Widersprüchlichkeit eines Nebeneinanderbestehens von Parlamentsgesetzgebung und (plebiszitärer) Volksgesetzgebung nach den Normen der Weimarer Reichsverfassung, die in die Folgerung einmündet, es handele sich um « eine Doppeltheit von zwei verschiedenartigen Rechtfertigungssystemen, dem parlamentarisch gesetzgebungsstaatlichen Legalitätssystem und der plebiszitär demokratischen Legitimität » (84). Dieser Folgerung setzt Kirchheimer entgegen, daß der Grad der Realisierung von Freiheit und Gleichheit sich umgekehrt verhalte zum Konzentrationsgrad der Repräsentation. Die plebiszitär durchgeführte Präsidentenwahl verlange eine Willensvereinigung auf breiterer Ebene als die eines Abgeordneten und vergrößere den Abstand der Einzelwillen zum Repräsentanten. Es sei kennzeichnend, daß Schmitts Argumentation zur « plebiszitären Legitimität als einzige(m) anerkannte(m) Rechtfertigungssystem » und seine Feststellung der « Tendenzen zum ' autoritären Staat ' » (85) darin einmündeten, die Chance des Volkes auf eine « Ja-Nein-Entscheidung über eine von den Staatsorganen vorgelegte Frage » zu reduzieren, wobei für Schmitt die Frage « nur von oben gestellt werden, die Antwort nur von unten kommen » könne (86). Insgesamt ist das Ergebnis von Kirchheimers

(83) KIRCHHEIMER, Otto, *Bemerkungen zu Carl Schmitts ' Legalität und Legitimität '* (Anm. 76), S. 141/142.

(84) SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität* (Anm. 79), S. 62 ff.

(85) SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität* (Anm. 79), S. 93.

(86) KITCHHEIMER, Otto, *Bemerkungen zu Carl Schmitts ' Legalität und Legalität '* (Anm 76), S. 149 mit Bezug auf Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (Anm.79), S. 93/94.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gegenüberstellung einer nicht-demokratischen, autokratischen Staatsform und derjenigen einer parlamentarischen Demokratie, daß letztere auch in heterogenen Gesellschaften ihre Rechtfertigung aus dem durch sie gewährleisteten höheren Grad individueller Freiheit und Gleichheit bezieht und ihre Funktionsfähigkeit darauf beruht, daß die demokratischen Machtchancen für jede einzelne gesellschaftliche Gruppierung größer erscheinen als die außerdemokratischen.

b) *Staatsinterventionismus und parlamentarische Demokratie*

Nun begrenzt sich die Argumentation von Mortati, Schmitt und weiterer deutscher Staatsrechtler nicht darauf, daß die Funktionsfähigkeit des Parlamentarismus mit dem Ende des Liberalismus entfallen und in einer klassengespaltenen Gesellschaft nicht mehr gegeben sei, sondern erstreckt sich auf die Behauptung, die durch die soziale Situation einer Massengesellschft entstandenen neuen Staatsaufgaben bedürften eines interventionistischen staatlichen Eingreifens, das der parlamentarische Gesetzgebungsstaat nicht zu leisten vermöge.

aa) Für Mortati vermögen positivrechtliche Normen der Komplexität und der Vielfalt staatlicher Aufgaben nicht gerecht zu werden, wobei er die eventuelle Möglichkeit des Erlasses von Einzelfallgesetzen zur Regulierung auseinanderklaffender sozialer Kräfteverhältnisse nicht in Erwägung zieht, sondern offensichtlich ausschließlich generelle und abstrakte Gesetze als Ergebnis des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens vor Augen hat (87). Insbesondere die Befriedigung der sozialen Bedürfnisse der Massengesellschaft verlange von den staatlichen Organen die Wahrnehmung gezielter staatsleitender Funktionen, die Vorrang hin-

(87) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 33; ID, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Off. Tipografica Roberto De Luca, Roma 1935, p. 87; ID., *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 134 ss., p. 150 ss., p. 156 ss.; in seiner Arbeit « Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano » (Anm. 8), p. 441 bezieht sich Mortati hinsichtlich des generellen und abstrakten Gesetzescharakters ausdrücklich auf Schmitt, Carl, Verfassungslehre (Anm. 36), S. 138 u. S. 151.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sichtlich normativer Regelungen hätten und diese transzendierten (88). Mortati verweist ausdrücklich auf das unmittelbare Interventionsrecht des Regierungschefs im gesamten Bereich der Ökonomie im faschistischen Rechtssystem. Der Consiglio Nazionale delle Corporazioni habe im faschistischen Staat die Aktivitäten der unterschiedlichen ökonomischen Gruppierungen entsprechend der Gemeinwohlinteressen und der staatlichen Direktiven zu koordinieren.Der Ministero delle Corporazioni sei unmittelbar dem Regierungschef unterstellt, der gemäß des Gesetzes vom 20. März 1930, n. 206 jederzeit regelnd einzugreifen berechtigt sei (89). Unter ausdrücklicher Berufung auf Carl Schmitts Arbeit « Legalität und Legitimität » vermerkt Mortati, generell seien in jeder Rechtsordnung Normativismus und Dezisionismus als zwei entgegengesetzte Elemente zu unterscheiden (90). Der « Stato moderno » sei notwendigerweise monistisch (91), er bedürfe einer einheitlichen Regierungsgewalt mit letzter Entscheidungsbefugnis, um auf die jeweilige gesellschaftspolitische Situation zielgerichtet reagieren zu können (92).

Die Vertreter der deutschen Staatsrechtslehre, die wie Mortati zum Ergebnis kommen, Staatsinterventionismus und parlamentarische Demokratie seien unvereinbar, stützen sich zwar gleichfalls vornehmlich auf das Argument, nach Aufhebung der in der konstitutionellen Monarchie bestehenden Trennung von Staat und Gesellschaft sei das « zum Exponenten der Interessen und Stimmungen von Wählermassen » gewordene Parlament (93) unfähig zu einer konfliktlösenden und einheitsverbürgenden Entscheidungsbil-

(88) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 186, pp. 153/154.

(89) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 142 ss.

(90) MORTATI, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (Anm. 33), p. 1002 mit Verweis auf Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (Anm. 79), S. 11 ff. (die von Mortati in Bezug genommenen Passagen von Schmitts Arbeit beginnen allerdings bereits auf S. 8); vgl. auch ID., *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 157, n. 42.

(91) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 147.

(92) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 180; ID., *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 157.

(93) SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Amm. 36), S. 314.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dung, sie greifen aber darüberhinaus auf eine Begründung zurück, die ihre Wurzeln unmittelbar in der Struktur der nach der Weimarer Reichsverfassung gewährleisteten Grundrechte hat.Gerade die für die materielle Sozial- und Wirtschaftsverfassung relevanten Grundrechte oblagen der Ausformung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, standen also zur Disposition auch der Repräsentanten der ökonomisch schwachen Bevölkerungsgruppen, die an einer Änderung des bürgerlichen status quo interessiert waren. Gemäß Art. 151 Abs. 1 WRV sollte eine Ordnung des Wirtschaftslebens zur Entstehung kommen, die den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen sollte. Art. 151 Abs. 3 WRV sicherte die Handels- und Gewerbefreiheit nach Maßgabe der (auch neu zu beschließenden) Reichsgesetze. Das Ausmaß der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsverkehr unterlag der näheren Bestimmung durch den demokratischen Gesetzgeber (Art. 152 Abs. 1 WRV). Art. 153 Abs. 1 WRV gewährleistete das Eigentum, Inhalt und Schranken ergaben sich jedoch aus den Gesetzen, eine Enteignung war gemäß Art. 153 Abs. 2 WRV gegen angemessene Entschädigung möglich. Die Formulierung von Art. 109 Abs. 1 WRV: « Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich » konnte — verstanden nicht nur als Rechtsanwendungsgleichheit, sondern auch als ein den Gesetzgeber verpflichtendes Gleichheitspostulat — zu einer soziale Ungerechtigkeiten ausgleichenden Rechtsordnung führen. Darüberhinaus gaben Art. 155 (Bodenreform), Art. 156 (Sozialisierungsmöglichkeit), Art. 159 (Koalitionsfreiheit), Art. 165 (Anerkennung der Grundsätze der Wirtschaftsdemokratie) und Art. 161 WRV (Anerkennung des Sozialversicherungsrechts) den Rahmen zur Verwirklichung von mehr Sozialstaatlichkeit vor. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund wird verständlich, daß diejenigen Vertreter deutscher Staatsrechtslehre, die die Ablösung des liberalen Parlamentarismus durch eine parlamentarische Demokratie ohnehin ablehnten, zusätzlich Argumente beibrachten, die Interventionen des demokratischen Gesetzgebers im Hinblick auf die überkommene Struktur des bürgerlichen Rechtsstaates verhindern sollten.Bereits 1924 hatte Triepel im Rahmen der Frage, inwieweit Anteilseigner von Aktiengesellschaften bei der Aufwertung der Reichsmark einen Wertverlust ihrer Anteile und damit eine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Schlechterstellung hinzunehmen verpflichtet waren, die Behauptung aufgestellt, nur generelle Gesetze, nicht aber gesetzliche Einzelfallregelungen seien verfassungsrechtlich zulässig (94). Carl Schmitt hatte sich im Rahmen seines Rechtsgutachtens über die sog. Fürstenenteignung, in dem es sowohl um die Frage der Interpretation des Gleichheitsgrundsatzes gem.109 Abs.1 WRV wie auch um die Frage der Interpretation von Art. 153 Abs. 2 WRV, nämlich um die Zulässigkeit von Enteignungen durch Einzelfallgesetze ging, gleichfalls die Auffassung vertreten, jedes Gesetz müsse eine generelle Norm sein (95). Dies bedeutete zum einen, daß dem Gesetzgeber sozial-und ökonomisch regulierende Einzelfallgesetze untersagt sein sollten, Art. 109 Abs. 1 WRV also nur Gleichheit vor dem Gesetz, nicht aber Gleichheit durch Gesetz verbürgen sollte. Im Hinblick auf Art. 153 Abs. 2 WRV führte diese These vom notwendig generellen Gesetzescharakter zu der Interpretation, daß die Grenzen von Art. 153 Abs. 1 und Abs. 2 WRV verwischt wurden und auch ein eigentumsbegrenzendes Gesetz in ein enteignungsberechtigendes Gesetz mit der Rechtsfolge der Entschädigung umgedeutet werden konnte; zudem wurden — und das wird durch das Rechtsgutachten Schmitts deutlich intendiert — Enteignungen durch ein sozialausgleichendes Einzelfallgesetz unmöglich gemacht. Die im Rechtsgutachten zur Fürstenenteignung von Schmitt nur sehr knapp gegebene Begründung zur notwendigen Generalität von Gesetzen (96), wird von ihm in seiner Arbeit « Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus » (1923) und in der « Verfassungslehre » (1928) ausgeweitet. Gesetze können für Schmitt deshalb nur generell sein, weil das Parlament seine

---

(94) TRIEPEL, Heinrich, *Goldbilanzverordung und Vorzugsaktien,* Berlin-Leipzig 1924 S. 26. ff.

(95) SCHMITT, Carl, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Reichsverfassung. Ein Rechtsgutachten zu den Gesetzesentwürfen über die Vermögensauseinandersezung mit den früher regierenden Fürstenhäusern*, Berlin und Leipzig 1926, S.11, S. 20 ff.

(96) Vgl. SCHMITT, Carl, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Reichnsverfassung* (Anm.95), S. 22: « Der Staat kann alles tun, aber nur durcn generelle Anordnung, also durch Gesetz, nicht durch individuelle Anweisungen. Tyrann ist der, der individuelle Entscheidungen außerhalb der Gesetze trifft ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Beschlüsse durch Abwägung von Argument und Gegenargument finde; Gesetz sei nicht der Wille eines oder vieler Menschen, sondern etwas *Vernünftig-Allgemeines*, nicht *voluntas*, sondern *ratio* » (Hervorh. i. Orig.) (97). Diese Auffassung wurde von Erich Kaufmann und Hans Nawiasky geteilt (98) , wobei Kaufmann die These Schmitts von dem vernünftig-allgemeinen Charakter der Gesetze noch durch den Rückgriff auf ein vorrationalistisches Naturrecht überhöhte und die gegen den parlamentarischen Gesetzgeber gerichtete Behauptung aufstellte, bei der Interpretation des in Art. 109 Abs.1 WRV verbürgten Gleichheitsgrundsatzes müsse zu einem jenseits aller positiven Normen liegenden « *Kultursystem von individueller Werthaftigkeit* » zurückgefunden werden (Hervorh. i. Orig) (99). Insofern wurde in der deutschen Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit dezidiert versucht, nicht nur im Einklang mit Mortati die Vereinbarkeit von Parlamentarismus und Demokratie schlechthin zu leugnen, sondern darüberhinaus allen Versuchen des demokratischen Gesetzgebers, durch Einzelfallgesetze interventionistisch in die überkommene Sozial-und Wirtschaftsstruktur einzugreifen, die Berechtigung abzusprechen.

Ein weiterer in der deutschen Staatsrechtslehre vertretener Argumentationsstrang, mit dem die Notwendigkeit eines Staatsinterventionismus im Staat des 20. Jahrhunderts bejaht, die Fähigkeit der verfassungsmäßigen Organe eines demokratisch organisierten Staates zu einem zielgerichteten Eingreifen aber bestritten wird, ähnelt den insoweit von Mortati vertretenen Thesen. Mortati hatte zur Begründung der von ihm als unerläßlich angesehenen einheitlichen Regierungsgewalt mit letzter Entscheidungsbefugnis unter Rückgriff auf Schmitts Arbeit « Legalität und Legitimität » die Gegensätzlichkeit von Normativismus und Dezisionismus betont und dabei die Bedeutung des Dezisionselements für den planenden,

---

(97) SCHMITT, Carl, *Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus* (Anm. 51), S. 54 ff.; *DERS*., *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 139.

(98) KAUFMANN, Erich, NAWIASKY, Hans, *Die Gleicheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung (Bericht und Mitbericht)*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 3* (1927), S. 2 ff.

(99) Kaufmann, Erich, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung (Anm. 98)*, S. 13 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wirtschaftslenkenden Staat unterstrichen (100). In seinem 1931 erschienen Werk « Der Hüter der Verfassung » sieht Schmitt dezisionistische Entscheidungen in einem von der Massengesellschaft und von einer « plurality of loyalties » beherrschten Parteienstaat (101) vor allem auch wegen der « Polykratie in der öffentlichen Wirtschaft » als einziges aus der Logik der Rechtswissenschaften zwingend sich ergebendes Instrumentarium an. Er verweist auf die außergewöhnliche Zunahme der Staatstätigkeit im wirtschaftlichen Bereich, auf die längst vollzogene « Wendung zum Wirtschaftsstaat » (102) sowie darauf, daß die wirtschaftlichen Fragen in der Praxis den vornehmlichen Inhalt der Innen-und Außenpolitik ausmachten. Das liberale Prinzip absoluter Nicht-Intervention habe im modernen Wirtschaftsstaat seine Bedeutung eingebüßt, denn die Verflechtungen des Staates mit der Wirtschaft lasse jede Nicht-Intervention zu einer Intervention « zugunsten der jeweils Überlegenen und Rücksichtslosen » werden (103). Dieser von ihm aufgezeigte faktische Befund « der konkreten Verfassungszustände » in der Weimarer Republik (104) läßt Schmitt fragen, wie « weit... Parlamentarismus und planwirtschaftlich handelnder Staat überhaupt miteinander vereinbar » seien (105). Ganz abgesehen von der für Schmitt bestehenden Unfähigkeit eines nicht homogenen klassengespaltenen Parlaments, einheitsstiftende, für alle verbindliche Entscheidungen zu treffen, können generelle gesetzliche Regelungen für ihn « nur für normale Situationen gelten » (106); « die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung;sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion mit einem relativ kleinen Maß in sich selbständigen, von der Lage der Sache unabhängigen Gel-

(100) Vgl. Anm. 90.

(101) SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 92; vgl. auch *DERS., Legalität und Legitimität* (Anm. 79), S. 90.

(102) SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 92; vgl. auch *DERS., Legalität und Legitimität* (Anm. 79), S. 90 ff.

(103) SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 81, S. 91.

(104) SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 91.

(105) SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 94.

(106) SCHMITT, Carl, *Legalität und Legimität* (Anm. 79), S. 71/72; vgl. auch *DERS., Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, S. 22 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tens » (107). Schmitt versucht nachzuweisen, daß der juristische Positivismus des 19. Jahrhunderts sich als Verbindung von Entscheidungs-und Gesetzesdenken, von Dezisionismus und Normativismus darstellt. Jedem positiven Gesetz liege der Wille des Gesetzgebers, also eine Entscheidung zugrunde. Daß den positiven Gesetzen im 19. Jahrhundert Sicherheit und Berechenbarkeit zugeschrieben wurde und zugeschrieben habe werden können, habe nicht an dem jeweiligen Inhalt der Norm, sondern an der Stabilität des Staates gelegen, in der die Norm Anwendung gefunden habe: « Nicht weil die Norm, sondern weil und soweit dieses, in bestimmter Weise konstruierte Staatswesen stabil, sicher und fest war, konnte man derartig ' positiv ' sein » (108). Nachdem der Staat das Monopol des Politischen verloren habe und zum Abbild unter sich konkurrierender ökonomischer und gesellschaftlicher Gruppierungen geworden sei, müsse eine « normale Situation geschaffen werden », um einer Rechtsordnung Sinn zu verleihen. Insofern ist für Schmitt alles Recht »' Situationsrecht '. Der Souverän schafft und garantiert die Situation als Ganzes in ihrer Totalität » (109). Hatte Schmitt als Mittel der Gegenwehr gegen die Sozialstruktur verändernde Einzelfallgesetze auf dem notwendig generellen *Inhalt* von Gesetzen insistiert, so ist nun für ihn nicht mehr der Inhalt, sondern die « *Stabilität des Staatswesens* » der einzig relevante Gesichtspunkt, wenn es um die Begründung dezisionistischer Entscheidungsbefugnis geht. In der 1922 in Erstauflage publizierten « Politischen Theologie » hatte Schmitt den Begriff der Dezision zwar bereits als entscheidendes Moment des Souveränitätsbegriffs hervorgehoben, hatte aber auf den « Gegensatz der zwei verschiedenen Elemente des Juristischen » im Begriff der Rechtsordnung hingewiesen, den der Entscheidung und den der Norm (110). In der 1933 erschienenen, aber — wie im Text der Arbeit ausdrücklich ver-

---

(107) SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Anm. 106), S. 13.

(108) SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Anm. 106), S. 31 ff.; vgl. auch *DERS., Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), unveränd. Nachdruck der 1934 ersch. 2. Aufl., 3. Aufl., Berlin 1979, S. 16.

(109) SCHMITT, Carl, *Politische Theologie* (Anm. 108), S. 20.

(110) SCHMITT, Carl, *Politische Theologie* (Anm. 108), S. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

merkt ist — bereits am 10. Juli 1932, also noch vor dem Beginn des Nationalsozialismus abgeschlossenen Schrift « Legalität und Legitimität », kennzeichnet Schmitt die Dezision als maßgebliches Element sowohl des Jurisdiktions-wie auch des Regierungs-und Verwaltungsstaates (111). Auf der 1933 abgehaltenen Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen hatte sich Schmitt bereits völlig auf die nationalsozialistische Ideologie eingestimmt; der Nationalsozialismus ist für ihn « Feind alles normativistischen und funktionalistischen Machens », maßgeblich ist das « *Gesetz des unbedingten Vorranges der politischen Führung*, wie sie sich in der nationalsozialistischen Bewegung unter ihrem Führer Adolf Hitler darstellt » (Hervorh. i. Orig.) (112). Nicht der Gesetzgeber in einer parlamentarischen Demokratie, sondern allein die souveräne Führerentscheidung vermag staatliche Stabilität herzustellen und ist zu einem Staatsinterventionismus fähig, der eine « gesunde Wirtschaft im starken Staat » zu garantieren vermag (113).

bb) Die deutschen Staatsrechtler, die die parlamentarische Demokratie als die einer Massengesellschaft adäquate Staatsform ansehen, kommen im Hinblick auf die Notwendigkeit eines Staatsinterventionismus zu parallelen Analysen wie Mortati und diejenigen Vertreter deutscher Staatsrechtslehre, die die Gegensätzlichkeit von Parlamentarismus und Demokratie behaupten. Die Übereinstimmung besteht allerdings nur in der Diagnose einer auf Grund des zunehmenden Monopolkapitalismus vorhandenen Verflechtung von Wirtschaft und Staat, während die daraus gezogenen rechtlichen Konsequenzen sich diametral entgegenstehen. Betonen Mortati und die mit ihm grundsätzlich übereinstimmenden deutschen Staatsrechtler die Notwendigkeit eines « starken Staates », einer Konzentration politischer Macht in der Staatsspitze, um

---

(111) SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität* (Anm. 79), S. 8 f.; der Hinweis, daß die Schrift bereits am 10. Juli 1932 abgeschlossen gewesen sei, findet sich auf S. 6 vor der Einleitung.

(112) SCHMITT, Carl, *Der Neubau des Staats und Verwaltungsrechts*in: *Deutscher Juristentag 1933*, 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialstischer Deutscher Juristen. V., Berlin 1933, S. 242 ff. (245).

(113) SCHMITT, Carl, *Gesunde Wirtschaft im starken Staat* in: *Mitteilungen des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen-« Langnamverein »* — 1932, Heft 21, S. 13 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wirtschaft und Staat zentral zu steuern, so fordert die Gruppierung der von ihnen abweichenden Vertreter deutscher Staatsrechtslehre ein intervenierendes staatliches Eingreifen, um die Funktionsfähigkeit parlamentarischer Demokratie zu ermöglichen und zu stärken.

Kirchheimer, Fraenkel, Heller und Neumann stellen gleichermaßen die Asymmetrie zwischen dem politischen Einfluß von Parlament einerseits, Regierung und Bürokratie andererseits fest, die sich aufgrund der politischen Machtposition ökonomisch starker Gruppierungen ergibt. Kirchheimer unterscheidet zwischen der zunehmend in der Regierung angesiedelten « Direktionssphäre », die sich der kapitalistischen Wirtschaftsordnung anzupassen versucht, und der « Verteilungssphäre », in der es um den Ausgleich der jeweils vorhandenen Kräfteverhältnisse der einzelnen gesellschaftlichen Gruppierungen geht. Die Kapitalkonzentration in der Hand weniger und die mit ihr verbundene Determination der « Direktionssphäre » sowie die parallel wirkende Machtstellung des deutschen Reichsbankpräsidenten auf dem Gebiet der Währungs- und Kreditpolitik engen für ihn die Möglichkeiten des antagonistisch zusammengesetzten Parlaments, in der « Verteilungssphäre » eine sozial ausgleichende Wirkung zu erzielen, weitgehend ein und begünstigen die Versuche, « die Verteilungssphäre dem Einfluß politischer Machtverschiebung zu entziehen und auch sie in den Rahmen der bürgerlichen Ordnung zurückzuführen » (114). Die « selbständige Wirkungskraft der demokratischen Verfassungsinstitutionen » wird für Kirchheimer in einem Staat mit monopolkapitalistischer Struktur durch die Untrennbarkeit von politischem und ökonomischem Bereich in Frage gestellt (115). Von daher erschließt sich der Sinn seiner Forderung, der Rechtsstaat müsse in einer parlamentarischen Demokratie regelnd eingreifen und zunächst einen Gleichgewichtszustand zwischen Bürgertum und Proletariat herstellen, um die Funktionsfähigkeit der demokratischen Institu-

(114) KIRCHHEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 42/43.

(115) KIRCHMEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tionen zu gewährleisten (116). Die für Kirchheimer bestehende Notwendigkeit einer sozialen Homogenität zur Rechtfertigung des Majoritätsprinzips in einer parlamentarischen Demokratie (117), stellt damit für ihn gleichzeitig die Begründung eines Staatsinterventionismus in einem vom Monopokapitalismus beherrschten Staat dar.

Parallele Ausführungen finden sich bei Fraenkel und Heller (118), wobei Fraenkel ausdrücklich unterstreicht, der Monpolkapitalismus führe zu einem « unentbehrlichen Drang zum ' starken Staat ' » und mache Regulierungen von « Funktionsstörungen der Demokratie » unerläßlich (119). Die ausführlichste Analyse hinsichtlich des Übergangs von der liberalen Konkurrenzgesellschaft zur Epoche des Mononopolkapitalismus und der ihnen jeweils entsprechenden Rechtssysteme gibt Franz Leopold Neumann.Er hatte bereits 1931 in einem Beitrag « Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung » dargelegt, daß die kapitalistische Wirtschaft in einer liberalen Konkurrenzgesellschaft auf der Existenz freier Unternehmer und den Rechtsinstituten des Privateigentums, der Vertragsfreiheit, der Gewerbefreiheit und des Erbrechts aufbaue. Solange man von einem « natürlichen Wirtschaftsverlauf » i. S. einer Selbststeuerung der Wirtschaft habe ausgehen können, habe der Staat gegenüber der Wirtschaft neutral bleiben können; Interventionen seien nur zur Sicherung des ungestörten Ablaufs der kapitalistischen Wirtschaft, nämlich zur Aufrechterhaltung gleicher Konkurrenzbedingungen der einzelnen Wirtschaftssubjekte notwendig gewesen. Mit der Entstehung von Monopolen habe sich die wirtschaftliche und die rechtliche Situation grundlegend verändert. Die privatrechtlichen Rechtsinstitute der Vertrags-und Gewerbefreiheit seien unverändert bestehen ge-

---

(116) KIRCHHMEIMER, Otto, *Bedeutungswandel des Parlamentarismus* (1928), in: *DERS., Von der Weimarer Republik zum Faschismus* (Anm. 76), S. 58 ff. (63).

(117) Vgl. Anm. 68.

(118) Vgl. FRAENKEL, Ernst, *Die Staatskrise und der Kampf um den Staat (Kursusdisposition)* (1932), in: *DERS, Reformismus und Pluralismus*, Hamburg 1973, S. 180 ff. (182 ff); HELLER, Hermann, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* (Anm. 61), S. 395 f.

(119) FRAENKEL, Ernst, *Die Staatskrise und der Kampf um den Staat* (*Kursusdisposition*) (Anm. 118), S. 183/184.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blieben, hätten aber faktisch ihren Sinn verloren, weil der Monopolist dem Nichtmonopolisten die Marktbedingungen diktieren und die Errichtung von Konkurrenzunternehmen verhindern könne. Hinzu trete die « eminente gesamtwirtschaftliche soziale und politische Bedeutung des Monopolkapitals, das als konzentriertes Eigentum nicht mehr atomistisch auf dem Markte » stehe und infolge seiner marktbeherrschenden Position eine außerordentliche politische Macht ausübe, dem « die Arbeitnehmerschaft als isolierte Menschen ausgeliefert » sei. Bereits von daher taucht für Neumann das Problem einer « *systematischen Ordnung der staatlichen Intervention*, einer Wirtschaftsverfassung auf » (Hervorh. i. Orig.), denn — so Neumann unter Berufung auf Carl Schmitt — wenn « Eigentum und konzentriertes Eigentum Privileg » seien, dann bedeute « Nichtintervention das gleiche wie Intervention » (120). Dieses Problem verschärft sich für Neumann auf der politischem Ebene, weil — wie er wiederum unter Zitierung von Carl Schmitt betont — die ökonomischen Machtträger sich nicht nur der staatlichen Willensbildung bemächtigten, sondern weil eine Polykratie in dem Sinn entstehe, daß « eine Mehrheit rechtlich autonomer Träger der öffentlichen Wirtschaft » vorhanden sei, « an deren Selbständigkeit der staatliche Wille eine Grenze » finde (121). Es bedarf daher für Neumann einer Wirtschaftsverfassung, die Interventionsmöglichkeiten in einer Weise regelt, daß eine ökonomische Machtkonzentration verhindert wird, die die privatrechtlichen Rechtsinstitute faktisch ihres Inhalts entleert und die demokratischen Verfassungsinstitutionen sowohl im politischen wie im staatlichen Willensbildungsprozeß zu unterlaufen und zu deformieren vermag. In einer außerordentlich breitgefächerten Studie, die 1936 in englischer Sprache unter dem Titel « The Government of the Rule of Law. An Investigation into the Relationship between the

(120) NEUMANN, Franz Leopold, *Über die Voraussetzungen und den Rechts-begriff einer Wirtschaftsverfassung* (1931), in: *DERS., Wirtschaft, Staat, Demokratie* (Anm. 19), S. 76 ff. (78 ff.). Neumann gibt die Quelle des Ausspruch von Schmitt, auf den er sich beruft, nicht an; sie findet sich in: SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 81.

(121) NEUMANN, Franz Leopold, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsberiff einer Wirtschaftsverfassung* (Anm. 120), S. 81 ff. unter Berufung auf Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 71, 5. 81 und S. 91 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Political Theories, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society » erschien und erst 1980 in deutscher Sprache publiziert wurde (122), begründet Neumann seine Thesen vom Übergang von der Konkurrenzgesellschft zum Monopolkapitalismus und den mit ihm verbundenen Auswirkungen auf das Rechtssystem nochmals ausführlicher und beschreibt das sich aus dem Versagen demokratischer Gegensteuerung ergebende Einmünden in die totalitären Systeme des italienischen Faschismus und des deutschen Nationalsozialismus (123).

Daß für Kirchheimer, Fraenkel, Neumann und Heller als entschiedene Verfechter einer parlamentarischen Demokratie jegliches staatsinterventionistische Eingreifen in ökonomische monopolkapitalistische Strukturen nicht — wie von Mortati und den mit ihm insoweit übereinstimmenden deutschen Staatsrechtlern angenommen — durch Machtkonzentraion in der Regierung, sondern in demokratischer Form zu erfolgen hat, liegt in der Logik ihres Denkens. Es ist für sie prinzipiell der demokratische Gesetzgeber, dem die Aufgabe zukommt, die ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen zu schaffen, die ein Funktionieren des demokratischen Verfahrens in einer parlamentarischen Demokratie erst möglich macht und eine Kontrolle der Regierung gewährleistet. Wenn Heller die Notwendigkeit einer starken Regierung betont, so geschieht dies mit der eindeutigen Tendenz, das parlamentarische System stützen zu wollen (124). Erwogen wird zwar, ob in einer « kollektiven Demokratie », einer Demokratie also, die geprägt ist von einer Vielzahl von Verbänden (125), eine demokratische Ver-

---

(122) NEUMANN, Franz Leopold, *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft* (1936). Übersetzt und mit einem Nachwort von Alfons Söllner, Frankfurt am Main 1980.

(123) NEUMANN, Franz *Leopold, Die Herrschaft des Gesetzes* (Anm. 122), S. 199 ff.; vgl. zum faschistischen und zum nationalsozialistischen Totalitarismus S. 340 ff.

(124) Vgl. dazu oben Anm 40. HELLER, Hermann, *Genie und Funktionär in der Politik* (Anm. 40), S. 622: « Zweifellos ist eine starke Verselbständigung der Regierung im Rahmen des demokratischen Parlamentarismus eine unbedingte Notwendigkeit. Eine Regierung, die nur aus Funktionären besteht...kann weder im Parlament noch im Volk auf Autorität Anspruch erheben ».

(125) Vgl. zum Begriff der « kollektiven Demokratie »: FRAENKEL, Ernst, *Kollek-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bandsorganisation und eine Beteiligung der Verbandsmitglieder an der Staatswillensbildung über ihre jeweilige Organisation zu einer effektiven Lenkung der Wirtschaft beitragen könnte (126). Fraenkel verweist in diesem Zusammenhang auf Smend, der sich als Beispiel für die « Integration als grundlegender Lebensvorgang des Staates » auf den « faschistischen Korporativismus » bezieht (127). Fraenkel, Neumann und Heller sehen aber gerade im italienischen Korporativismus, in dem den Korporationen gesetzlich der Charakter von staatlichen Verwaltungsorganen zugeschrieben wird (128), die Verwirklichung jener Autokratie, die Mortati ausdrücklich als positives Kennzeichen zentraler Staatslenkung im ökonomischen Bereich hervorgehoben hatte (129), die aber für sie unter demokratischen Gesichtspunkten nicht akzeptabel ist (130). Wenn eine « demokratische Marktkontrolle » durch Wirtschaftssubjekte — Neumann spricht von « marktfähigen Parteien » (131) — ausgeübt werden soll, dann nur unter der Voraussetzung, daß es sich um freie, staatlich unabhängige Verbände handelt, die vom Parlament mit gesetzlich fest umrissenen Befugnissen ausgestattet und von ihm

---

tive Demokratie (1929), in: *DERS, Reformismus und Pluralismus* (Anm. 118), S. 82 f.

(126) FRAENKEL, Ernst, *Kollektive Demokratie* (Anm. 125), S. 82 f.; KIRCHHEIMER, Otto, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie (1933), in: DERS. Funktionen des Staats und der Verfassung* (Anm. 75), S. 79 ff. (97 f.); NEUMANN, Franz Leopold, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung* (Anm. 120), S. 86 ff.

(127) FRAENKEL, Ernst, *Kollektive Demokratie* (Anm. 125), S. 82 . Fraenkel benennt hinsichtlich der Bezugnahme Smends auf das korporative faschistische System keine Fundstelle. Der Bezug ist: SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: *DERS., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze* (Anm. 35), S. 119 ff. (141).

(128) Vgl. dazu die unter I2) erwähnte Gesetzgebung (Gesetz vom 3. April 1926, n. 563 und die dazu ergangenen Dekrete R.D.L. luglio 1926, n. 1130 und R.D. 2. luglio 1926, n. 1131).

(129) Vgl. Anm. 89.

(130) Vgl. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die in Anm.128 benannten gesetzlichen Regelungen: FRAENKEL, Ernst, *Kollektive Demokratie* (Anm. 125) S. 86; NEUMANN, Franz Leopold, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsberiff einer Wirtschaftsverfassung* (Anm. 120), S. 98; *DERS., Die Herrschaft des Gesetzes* (Anm. 122), S. 340/341. HELLER, Hermann, *Europa und der Fascismus* (1929), in: *DERS., Gesammelte Schriften* (Anm. 39), S. 463 ff. (570 ff.).

(131) NEUMANN, Franz Leopold, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung* (Anm. 120), S. 95 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

kontrolliert werden (132). Einigkeit besteht im übrigen zwischen Fraenkel, Kirchheimer und Neumann darüber, daß auch eine demokratische Verbandsbeteiligung an gesamtpolitisch relevanten Entscheidungen in einer parlamentarischen Demokratie stets ein handlungsfähiges Parlament voraussetzt, dem Parlament also das Letztentscheidungrecht verbleiben muß (133).

Ohnehin kommt für Kirchheimer, Fraenkel, Neumann und Heller dem demokratischen Gesetzgeber die zentrale Rolle bei staatsinterventionistischen Eingriffen zu. Daß die Legislative nicht nur zum Erlaß von abstrakten, generellen Regelungen berechtigt ist, wie insbesondere von Triepel, Schmitt, Kaufmann und Nawiasky behauptet worden war (134), sondern daß sie durch Einzelfallgesetze regulierend eingreifen kann, ergibt sich für Kirchheimer, Neumann und Heller zum einen aus der Bedeutung der durch Parlamentsgesetz auszuformenden Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung und zum anderen aus der Genese eines Gesetzgebungsbeschlusses in einer repräsentativen Demokratie. In Gegenwehr insbesondere gegen die These Schmitts von der Notwendigkeit der Generalität des Gesetzescharakters (135) begründet Kirchheimer, daß gerade dann, wenn man « Gleichheit als materiellen Wertbegriff » zu fassen versuche, Gleichheit vor dem Gesetz solange nicht verwirklichbar sein könne, « als nicht die soziale Gleichheit erst die Voraussetzungen dafür schafft, daß die gleiche Anwendung eines Gesetzes auf alle auch wirklich alle gleich betrifft ». Die Behauptung, Einzelfallgesetze seien verfassungswidrig, sei nichts anderes als der Versuch, einen bestimmten ökonomischen status quo zu

---

(132) NEUMANN, Franz Leopold, *Der Niedergang der deutschen Demokratie* (1933), in: *DERS., Wirtschaft, Staat, Demokratie* (Anm. 19), S. 103 ff. (111 ff.). Die Passage ab S. 111 steht im Kontext zu den Ausführungen Neumanns zur Ausgestaltung einer Wirtschaftsverfassung; vgl. NEUMANN, Franz Leopold, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung* (Anm. 120), S. 93 ff.

(133) FRAENKEL, Ernst, *Kollektive Demokratie* (Anm. 125), S. 82 ff.; KIRCHHEIMER, Otto, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie* (Anm. 126), S. 97 f.; NEUMANN, Franz Leopold, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung* (Anm. 120), S. 98; vgl. im gleichen Sinn auch KELSEN, Hans, *Von Wesen und Wert der Demokratie* (Anm. 63), S. 50/51.

(134) Vgl. Anm. 94, 95, 96, 97, 98.

(135) Vgl. Anm. 95, 96, 97.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

garantieren, indem man jede Gesetzgebung zugunsten der arbeitenden Klasse für unwirksam erkläre: « Indem man den Satz der Gleichheit zurücknimmt in die verflossene Welt der bürgerlich-rechtsstaatlichen Ordnung, verbietet man im Namen der Gleichheit sie selbst » (136). Neumann verweist im Einklang mit Kirchheimer darauf, daß das generelle Gesetz die Funktion hatte, die Austauschprozesse in der Konkurrenzökonomie berechenbar und vorhersehbar zu machen;es könne nicht angehen, die Gesetzesgeneralität von den Gegebenheiten einer bestimmten Gesellschaftsordnung zu trennen und sie auf diejenige des Monopolkapitalismus zu übertragen (137). In einer monopolistisch organisierten Wirtschaft sei die Gesetzgebung häufig nur « mit einem einzigen Adressaten konfrontiert oder mit einer begrenzten Anzahl von monopolistischen Unternehmen », sodaß das individuelle Gesetz eine entscheidende Bedeutung bekomme (138). Für Neumann ist ein Einzelfallgesetz durchaus nicht — wie von Schmitt behauptet (139) — nur voluntas, sondern auch ratio, soweit der Gesetzesbeschluß sich nicht nur als Dezision eines absoluten Souveräns darstellt, sondern ihr das Vernunftprinzip einer volonté générale immanent ist (140). Dies ist exakt der theoretische Ansatz, den Hermann Heller 1927 auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vertreten hat.In seinem Bericht zum Thema « Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung » führte Heller aus, den Parlamentsgesetzen als « von der Volkslegislative gesetzten obersten Rechtsnormen » komme nicht nur formale, sondern auch materiale Rechtsstaatlich-

---

(136) KIRCHHEIMER, Otto, *Die Grenzen der Enteignung. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstituts und zur Auslegung des Art.153 der Weimarer Reichsverfassung,* in: *DERS., Funktionen des Staats und der Verfassung*, Frankfurt am Main 1972, S. 223 ff. (257 f.)

(137) NEUMANN, Franz Leopold, *Die Herrschaft des Gesetzes* (Anm. 122), S. 245 f., S. 324; vgl. im gleichen Sinne KIRCHHEIMER, Otto, *Weimar — und was dann? Analyse einer Verfassung* (Anm. 19), S. 35: « Nur durch die Aufzeigung seiner Funkion innerhalb einer gegebenen sozialen Ordnung erhellt die reale Bedeutung des Satzes von der Gleichheit vor dem Gesetz ».

(138) NEUMANN, Franz Leopold, *Die Herrschaft des Gesetzes* (Anm. 122), S. 325/326.

(139) Vgl. Anm. 97.

(140) NEUMANN, Franz Leopold, *Die Herrschaft des Gesetzes* (Anm. 122), S. 8 ff., S. 326.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

keit zu, weil sie Ausdruck der volonté générale seien und damit am Vernunftprinzip und am Selbstbestimmungsrecht eines jeden Individuums orientiert seien (141). Die volonté générale sei keineswegs identisch mit einer volonté pour tous;die Annahme einer zwingenden Generalität aller Gesetze sei logisch nicht zu begründen, sondern greife ein ethisches Moment auf, bei dem der Maßstab des Gleichheitspostulats ungeklärt bleibe.Auch der singuläre Fall könne gesetzlicher Regelung bedürfen, deren Verfassungskonformität ausschließlich davon abhänge, ob sie von der Volkslegislative im verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren beschlossen worden sei (142).

Über die Bedeutung, die dem demokratischen Gesetzgeber bei Eingriffen in ökonomische monopolkapitalistiche Strukturen und bei der Regulierung des sozialen Gleichgewichts einer Gesellschaft insbesondere von Kirchheimer, Fraenkel, Neumann und Heller zuerkannt wird, darf nicht hinwegtäuschen, daß die Einschätzungen hinsichtlich der Handlugsfähigkeit des Parlaments bereits Ende der zwanziger Jahre geteilt waren. Lediglich Heller versuchte noch 1929 in seiner Schrift « Rechtsstaat oder Diktatur ? » das Bürgertum auf einen Grundkonsens mit dem Proletariat einzuschwören, um die rechtsstaatliche Demokratie vor einem Einmünden in eine Diktatur zu retten (143). Fraenkel, Neumann und Kirchheimer sahen zu diesem Zeitpunkt die Erwartung, das Parlament werde in der Weimarer Republik « das Zentrum der staatlichen Willensbildung, der Motor der staatlichen Aktivitätsein » (144), bereits als enttäuscht an (145). Diese Enttäuschung beruht auf der spezifischen

---

(141) HELLER, Hermann, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (1928), in: *DERS., Gesammelte Schriften* (Anm. 39), Bd. 2, S. 203 ff. (211, 226).

(142) HELLER, Hermann, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (Anm. 141), S. 215 f.

(143) HELLER, Hermann, *Rechtsstaat oder Diktatur?, in: DERS, Gesammelte Schriften* (Anm. 39), Bd. 2, S. 443 ff. (460 ff.).

(144) FRAENKEL, Ernst, *Kollektive Demokratie* (Anm. 125), S. 74

(145) FRAENKEL, Ernst, *Kollektive Demokratie* (Anm. 125), S. 74 ff.; NEUMANN Franz Leopold, *Der Niedergang der deutschen Demokratie*, (1933): in *DERS., Wirtschaft, Staat, Demokratie*) (Anm. 19), S. 103 ff. (111 ff.); KIRCHHEIMER Otto, *Bedutungswandel des Parlamentarismus* (Anm. 116), S. 62/63; *DERS., Verfassungsreform und Sozialdemokratie* (Anm. 126), S. 81 f.; *DERS., Marxismus, Diktatur und Organisationsform des*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Entwicklung der Weimarer Republik, in der ab 1930 das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren faktisch durch die präsidiale Diktaturgewalt ersetzt war (146), hatte aber nichts mit der Überzeugung zu tun, daß eine parlamentarische Demokratie zu einem Staatsinterventionismus fähig ist: mit einem Parlament, das gesetzgeberisch gestaltend und gleichzeitig als Kontrollorgan der Regierung tätig wird (147), sowie durch vom Parlament mit autonomer Rechtsetzungsbefugnis ausgestattete und von ihm kontrollierte Wirtschaftssubjekte, die eine demokratische Marktkontrolle vorzunehmen haben (148).

2) *Legalität und Legitimität staatlicher Organisation in der Massengesellschaft.*

Wenn als Massengesellschaft die postliberale Gesellschaft bezeichnet wird, die nach Mortati dadurch gekennzeichnet ist, daß die Masse der Bevölkerung politische Rechte erhalten hat und sich in einer ökonomisch und sozial äußerst komplexen Umwelt zu orientieren hat (149), so hängt die Frage der Legalität und Legitimität der staatlichen Organisation, in der diese Gesellschaft zusammengeschlossen ist, von der Wertung des Selbstbestimmungsrechts der Individuen ab, die in dieser Gesellschaft leben. Die Autokratie geht grundsätzlich vom Prinzip der Fremdbestimmung der Individuen aus und bedarf deshalb einer Rechtfertigung, die die Legitimität staatlichen Handelns begründet. Der Demokratie ist grundsätzlich das Prinzip der Selbstbestimmung immanent, die ihre Realisierung

---

Proletariats (1933), in: *DERS., Funktionen des Staats und der Verfassung* (Anm. 75), S. 100 ff. (104 ff.).

(146) Vgl. Anm. 71.

(147) FRAENKEL, Ernst, *Kollektive Demokratie* (Anm. 125), S. 74, spricht auch 1929 noch von der grundsätzlichen Leitidee, daß im « Parlament das höchste ständige Organ der Staatsverfassung zu erblicken sei, von dem die übrigen Funktionenträger ... abhängig sind ».

(148) NEUMANN, Franz Leopold, *Der Niedergang der deutschen Demokratie* (Anm. 145), S. 111 sowie *DERS.*, *Uber die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung* (Anm. 120), S. 98/99.

(149) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubbico italiano* (Anm. 8), pp. 32/33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in der jedem Gesetzesbeschluß zugrundeliegenden volonté générale findet, die ihn als Ausdruck des Vernunftprinzips legitimiert. Es ist daher folgerichtig, wenn Kirchheimer in einer parlamentarischen Demokratie Legalität und Legitimität identisch setzt und formuliert: « Der Gesetzgebungsstaat, die parlamentarische Demokratie, kennt keine Form von Legitimität außer der ihres Ursprungs. Da der jeweilige Beschluß der jeweiligen Mehrheit ihr und des Volkes Gesetz ist, besteht die Legitimität ihrer Staatsordnung allein in ihrer Legalität » (150).

a) Eine auch nur annähernd parallele Formulierung findet sich bei Mortati nicht. Im Gegenteil: Mortati spricht in einer Massengesellschaft gesetzlich verabschiedeten Normen eine staatliches Handeln legititimierende Funktion ausdrücklich ab (151). Wenn zusätzlich in Betracht gezogen wird, daß er dem Regierungschef volle Autorität mit unbeschränkter Ermessensfreiheit zubilligt (152), eine Ermessensfreiheit, die zwar auf die sozialen gesellschaftlichen Bedürfnisse der Bürger bezogen sein soll (153), aber einem formalrechtlichen Rahmen nicht unterliegt (154), so erscheint es — zunächst — naheliegend, eine Übereinstimmung Mortatis mit denjenigen deutschen Staatsrechtlern zu vermuten, die gleich ihm

---

(150) KIRCHHEIMER, Otto, *Legalität und Legitimität* (1932), in: DERS., *Politische Herrschaft*, Frankfurt am Main 1967, S. 7 ff. (13).

(151) MORTATI Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, (Anm. 8) pp. 17/18; ID., *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 150 ss.

(152) MORTATI, Costantino, *L' ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), pp. 67/68.

(153) MORTATI, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (Anm. 33), pp. 1014/1015; ID., *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 152 ss.

(154) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla potestà regolamentare del governo* (1932), in: ID., *Raccolta di scritti* (Anm. 33), vol. II, pp. 407-431 (412-413). In seiner 1941 erschienenen Arbeit « Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto » wird von Mortati zwar nicht erwogen, die Ermessensfreiheit der Regierung normativ zu begrenzen, wohl aber scheint ihm eine Abgrenzung der Ermessensbereiche der den obersten staatlichen Organen unterstellten Verwaltungsorganen angemessen; vgl. Mortati, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (1941), in: *Studi sui principii generali dell' ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, Pisa 1943, XXI pp. 107-136 (113, n. 1).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eine legitimierende Funktion der vom demokratischen Gesetzgeber verabschiedeten Normen verneinen. Im Deutschland der Weimarer Republik hatte sich sehr früh eine starke staatsrechtliche Strömung entwickelt, die von einem überpositiven Recht ausging, das sich der als « Nomomachie » auftretenden « staatsgesetzlichen Legalität » entgegenstellen sollte (155) und die bruchlos in eine die nationalsozialistische Ideologie stützende Staatsrechtsdoktrin überging. Es lassen sich in der Zeit der Weimarer Republik drei Argmumentationsstränge unterscheiden, mit denen die Legitimität parlamentarisch-demokratischer Gesetzesbeschlüsse zu bestreiten versucht wurde:

Zum einen werden metaphysische Gründe vorgebracht, um zu belegen, daß « der Gesetzgeber. . .nicht Schöpfer des Rechts » sei, sondern seine Legitimität aus der « unmittelbar(en) Gewißheit einer höheren objektiven Ordnung » beziehe (156). Triepel hatte bereits 1923 erklärt: « Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht; das Gesetz steht unter dem Recht » (157). Kaufmann nahm diese Formulierung Triepels 1926 auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer nahezu wörtlich auf (158). Gleichzeitig unternahm er den Versuch, den der volonté générale zugrundeliegenden Vernunftbegriff des rationalistischen Naturrechts als « Denaturierung des Rechtsgedankens » mit der Begründung zu diffamieren, ihm sei ein Vertragsdenken immanent, das alle Werte den Gesetzen der « reinen Mechanik » unterwerfe. Notwendig ist für Kaufmann eine Rückbesinnung auf die « rechtsphilosophischen Anschauungen des vorrationalistischen Naturrechts », um « die Phänomene der sittlichen Ordnung als objektive Institute der

(155) SCHMITT, Carl, *Verfassunglehre* (Anm. 36), S. 4, vgl. auch S. 92.

(156) KAUFMANN, Erich, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* (Anm. 98), S. 20 u. S 11.

(157) TRIEPEL, Heinrich, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, in: *Festgabe für Wilhelm Kahl zum, 25jähringen Doktorjubiläum* hrsg. von der Berliner Juristischen Fakultät, Tübingen 1923, 2 Bde., Bd. 2, S. 93.

(158) KAUFMANN, Erich, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* (Anm. 98), S. 20: « ...der Staat schafft nicht *Recht*, der Staat schafft *Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht* » (Hervorh. i. Orig.)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sittlichen Weltanschauung » begreifen zu können (159). Für ihn können « *generalisierende, abstrahierende und isolierende Normen* » die « Probleme der natürlichen und sittlichen Ordnung » nicht lösen; die Legitimität einer Rechtsordnung kann nur in einem « *Kultursystem von individueller Werthaftigkeit* » liegen (Hervorh. i. Orig.) (160). Es sind dies die Legitimitätsvorstellungen, die in der Aussprache zu Bericht und Mitbericht in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer von Kelsen als solche kommentiert wurden, hinter denen « nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts » zu finden seien, sondern ein anderes: « Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das *Gorgonenhaupt der Macht* entgegen » (Hervorh. i. Orig.) (161). Ähnlich wie Kaufmann argumentiert Gerber, nur daß er zur Begründung der Legitimität säkularer staatlicher Ordnung nicht auf ein vorrationalistisches Naturrecht zurückgreift, sondern auf den christlichen Glauben, auf dem für ihn die auctoritas des Staates beruht. Auch für Gerber führt das rationalistische Naturrecht zu einem « Verfall des Staatsbewußtseins überhaupt ». Er setzt der « vollkommene(n) Hemmungslosigkeit » des demokratischen Parteienstaates, der irrigen Idee der parlamentarischen Demokratie mit dem « *System der anonymen Majoritäten* » ein Wahrheits-und Wertsystem entgegen, das die Legitimität staatlicher Ordnung « *vor dem alles verschlingenden Formalprinzip der Legalität* » retten soll (Hervorh. i. Orig.) (162).

Ein weiterer staatstheoretischer Ansatz, mit dem in der Zeit der Weimarer Republik die Legitimität positivrechtlicher Normen allein aufgrund ihres Zustandekommens verneint wurde, liegt in der « geisteswissenschaftlichen Staatstheorie » Smends, der in der Ver-

---

(159) KAUFMANN, Erich, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* (Art. 98), S. 13/14, S. 15.

(160) KAUFMANN, Erich, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* (Anm. 98), S. 12, S. 16.

(161) KELSEN, Hans, *Diskussionsbeitrag in der Aussprache zu Bericht und Mitbericht in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zum Thema « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung »* (Anm. 98), S. 55.

(162) GERBER, Hans, *Freiheit und Bindung der Staatsgewalt*, Tübingen 1932, S. 23, S. 17, S. 10/11, S. 25, S. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fassung « das Lebensgesetz einer Konkretheit » sieht, bei dem es um einen « immer von neuem her(zu)stellende(n) Lebensprozeß » geht, um das » Gesetz der Integration ». Alle « staatsrechtlichen Einzelheiten » sind für ihn nicht isoliert zu verstehen, » sondern nur als Momente des durch sie zu verwirklichenden Sinnzusammenhangs, der funktionellen Totalität der Integration » (163). Smend begreift Staat und Recht als zwei zwar untrennbar verbundene, aber doch jeweils « in sich geschlossene, der Verwirklichung je einer besonderen Wertidee dienende Provinzen des geistigen Lebens ». Durch die « Wertgesetzlichkeit des Geistes » schließen sich unterschiedliche Integrationsfatoren sowohl in der « positiven Wirklichkeit des konkreten Rechtslebens der Rechtsgemeinschaft » wie im « System der staatlichen Wirklichkeit » zusammen, wobei Smend unter Ablehnung einer Einordnung der Verfassung als eines nur « mechanistisch objektivierten technischen Apparat(es) » hinzufügt, daß diese von ihm angenommenen Integrationsfaktoren « vom geschriebenen Recht teils vorgeschrieben, teils angeregt, teils zugelassen » seien (164). Smend sieht durchaus, daß der Vernunftbegriff des rationalistischen Naturrechts und die Theorie von der volonté générale den im demokratischen Verfahren zustandegekommenen Gesetzen eine immanent legitimierende Kraft verleihen. Da er aber diese legitimierende Kraft nicht dem demokratischen Verfahren, sondern dem an einem « Gerechtigkeitswert » orientierten Gesetzesinhalt zumißt, kommt er zur Annahme eines « Wertgeltungsanspruchs » der Demokratie, in der die Gesetze den Staat « in die vom Naturrecht geforderte rechtfertigende Beziehung zur Welt der Werte zu setzen » haben (165). Die Integration der Werte verschafft staatlichem Handeln Legitimität und überhöht für Smend die Legalität der Gesetzesbeschlüsse in einer parlamentarischen Demokratie.

Eine dritte, auf die Entwicklung einer nationalsozialistischen Staatsdoktrin wohl am nachhaltigsten sich auswirkende Begründung einer außerhalb der Positivität demokratisch gesetzter Nor-

---

(163) SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Anm. 127), S. 238/239.

(164) SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Anm. 127), S. 196, S. 207.

(165) SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Anm. 127), S. 209/210, S. 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

men liegenden Legitimität staatlicher Rechtsordnung wird in der Zeit der Weimarer Republik durch eine existenzialistische Richtung gegeben, in der sich alle politischen und rechtlichen Beziehungen im « Seinsmäßigen » auflösen. Carl Schmitt hatte 1929 dem faschistischen italienischen Staat bescheinigt, wie alle starken Bewegungen versuche er sich von ideologischer Abstraktheit und Scheinformen zu befreien und zum « konkret Existentiellen » zu gelangen (166). Für ihn liegt die Verfassung eines Volkes in seiner « konkreten politischen Existenz », in einem « konkrete(n) und bestimmt geartete(n) Sein », das jeder Normierung vorausgeht: « Jede existierende politische Einheit hat ihren Wert und ihre ' Existenzberechtigung ' nicht in der Richtigkeit oder Brauchbarkeit von Normen, sondern in ihrer Existenz. Was als *politische Größe* existiert, ist, juristisch betrachtet, wert daß existiert » (Hervorh. i. Orig) (167). Dagegen ist das Verfassungsgesetz mit seinen Normierungen Dezision, die ihre Legitimität in der *Tatsache* der Entscheidung hat, weil sie Willensvorgang ist, der « absoluter Anfang » ist, der « erst ' Recht ' schafft und deren ' Rechtskraft ' nicht aus der Rechtskraft von Entscheidungs-Regeln abgeleitet werden kann » (168). Da für Schmitt eine Gegensätzlichkeit von Parlamentarismus und Demokratie besteht (169), ist für ihn nur eine plebiszitäre Demokratie denkbar. Daß in ihr die Legitimität der souveränen Entscheidung « in ihr selbst » liegt, folgt für ihn aus der Identität von Regierenden und Regierten. Für Schmitt ist mit « dem Wort ' Identität '... das Existenzielle der politischen Einheit des Volkes bezeichnet zum Unterschied von irgendwelchen normativen, schematischen oder fiktiven Gleichheiten ». Diese politische Einheit setzt eine substanzielle Gleichheit aller ihr Zugehörigen voraus. Alles staatliche Handeln bleibt im Bereich der substanziellen Gleichartigkeit aller, « alles demokratische Denken bewegt sich mit klarer Notwendigkeit in

(166) SCHMITT, Carl, *Wesen und Werden des fascistischen Staates* (Rezension von: Erwin von BECKERATH, *Wesen und Werden des fascistischen Staates,* Berlin 1927), in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 53 Jahrg. (1929), 1. Halbband, S. 107 ff. (113).

(167) SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 22/23.

(168) SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens* (Anm. 106), S. 25.

(169) Vgl. Anm. 51-56, Anm. 58 u. 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Immanenzvorstellungen » (Hervorh. i. Orig.) (170). Die Dezision, die normative Regelungen schafft, findet insofern ihre Rechtfertigung im Vorhandensein einer existenziellen Einheit des Volkes und der sich in ihr darstellenden Verfassung im absoluten Sinn. « Der Staat hat nicht eine Verfassung., der Staat ist Verfassung, d.h ein seinsmäßig vorhandender Zustand, ein *status* von Einheit und Ordnung » (Hervorh. i. Orig.) (171). In den von Schmitt in der Weimarer Republik verfaßten Arbeiten wird dieser status von Einheit und Ordnung durch die auctoritas des plebiszitär gewählten Reichspräsidenten hergestellt und mit ihr wird die für Schmitt nur funktionalistische Legalität einer parlamentarischen Demokratie überwunden (172). In der Einheit und in der Ordnung liegt die Legitimität staatlichen Handelns: « Die Existenz des Staates bewährt hier eine zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm. Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut » (173). Einheit kann nach der Überflutung des Staatlichen durch die unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppierungen nicht mehr vom Begriff des Staates her definiert werden, sondern bestimmt sich für Schmitt durch die politische Unterscheidung von Freund und Feind: die « Unterscheidung von Freund und Feind bezeichnet die äußerste Intensität einer Verbindung oder Trennung » (174). Das Wesen der politischen Einheit, « das Politische », besteht für ihn darin, sich gegenüber dem äußeren Feind abzugrenzen sowie den die Einheit bedrohenden « inneren Feind » zu bestimmen und die substanzielle Einheit durch « eine innerstaatliche Feinderklärung » zu wahren (175). Eine derartige, durch den « Intensitätsgrad einer Verbindung oder Unterscheidung von Menschen » gekennzeichnete politische Einheit ist

(170) SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 235, S. 237.

(171) SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 4.

(172) SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Anm. 56), S. 159; *DERS., Legalität und Legitimität* (Anm. 79), S. 92/93.

(173) SCHMITT, Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Anm. 108), S. 19.

(174) SCHMITT, Carl, *Der Begriff des Politischen* (Anm. 36), S. 7.

(175) SCHMITT, Carl, *Der Begriff des Politischen* (Anm. 36), S. 11, S. 21, S. 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die allein « maßgebende Einheit, total und souverän » (Hervorh. i. Orig.) (176).

Dieser Begriff einer totalen, legitimitätsvermittelnden Einheit wird in den von Schmitt nach Beginn des Nationalsozialismus publizierten Schriften gleichsam naturalistisch angereichert. Als « *Ganze(s)* der politischen Einheit » kann nun « *jedes einzelne* der drei Worte Staat, Bewegung, Volk gebraucht werden ». Der Staat ist für Schmitt der « *politisch-statische Teil* », die nationalsozialistische Bewegung das « *politisch-dynamische* Element » und das Volk « die im Schutz und Schatten der politischen Entscheidungen wachsende *unpolitische* Seite » staatlicher Einheit (177). Das Volk als « unpolitische Seite » vermittelt für Schmitt aber dennoch die Konturen eines « konkreten, substanzhaften Denkens, in dem die « *unbedingte Artgleichheit zwischen Führer und Gefolgschaft* » die Legitimität nationalsozialistischer Führung und nationalsozialistischer Bewegung sichert und sie vor dem Ausarten in Tyrannei und Willkür » bewahrt: « *Artgleichheit* des in sich einigen deutschen Volkes ist also für den Begriff der politischen Führung des deutschen Volkes die unumgänglichste Voraussetzung und Grundlage » (Hervorh. i. Orig.) (178). Alles Recht « stammt aus dem Lebensrecht des Volkes » als substanzhafter Einheit (179). Diese existenzielle Sicht von Legitimation staatlicher Herrschaft wird von Forsthoff geteilt. Forsthoff hatte bereits vor 1933 — allerdings unter dem Pseudonym « Georg Holthusen » — für die Rückkehr zu einem « universellen und elementaren Begriff des Politischen » plädiert und als politische Haltung eine « Bereitschaft zur Hingabe an eine Gemeinschaft » gefordert, wobei er ergänzte, es gehe bei jeder politischen Haltung um « Hingabetriebe, denen gegenüber jede rationale Deutung » versage (180). 1933, nach Beginn des National-

(176) SCHMITT, Carl, *Der Begriff des Politischen* (Anm. 36), S. 21.

(177) SCHMITT, Carl, *Staat, Bewegung, Volk* (1933), 2. Aufl., Hamburg 1934, S. 12.

(178) SCHMITT, Carl, *Staat, Bewegung, Volk* (Anm. 177), S. 42; vgl. auch *DERS., Der Neubau des Staats-und Verwaltungsrechts* (Anm. 112), S. 250/251.

(179) SCHMITT, Carl, *Der Führer schützt das Recht* (1934), in: *DERS., Positionen und Begriffe* (Anm. 52), S. 199 ff. (200/201).

(180) HOLTHUSEN, Georg (Pseudonym fur Ernst FORSTHOFF), *Entpolitisierung oder totale Mobilmachung?*, in: *Der Ring* (Politische Wochenschrift), 1931, Heft 8, S.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sozialismus, publiziert er — nun unter seinem eigenen Namen — seine Schrift « Der totale Staat », von der er selbst sagt, sie stehe « nicht im Dienste des historischen Erkennens, sondern der politischen Aktion » (181). Forsthoff unterstreicht zwar stärker als Schmitt die Rolle des Staates, die für ihn die « Form der politischen Existenz des Volkes » ist und an « Tradition, Gesetz und Ordnung » gebunden bleiben muß (182), stimmt mit Schmitt aber vollständig in der Einordnung des Volkes als notwendig substanzieller Einheit überein: « Volk ist eine Gemeinschaft, die auf einer seinsmäßigen, artmäßigen Gleichartigkeit beruht. Die Gleichartigkeit geht hervor aus der Gleichheit der Rasse und des volklichen Schicksals » und « dem Bewußtsein seinsmäßiger Gleichartigkeit », das fähig macht, « die Artverschiedenheit zu erkennen und den Freund vom Feind zu unterscheiden » (Hervorh. i. Orig.) (183). Hatte Schmitt 1927 noch von einer « innerstaatlichen Feinderklärung » (184) und 1933 von den « tiefsten, unbewußten Regungen des Gemütes » gesprochen, mit denen « der Mensch in der Wirklichkeit dieser Volks-und Rassenzugehörigkeit » steht, der er « existenziell » zugehört (185), so ist Forsthoffs Sprache deutlicher: die mittels « Instinkt und dem Bewußtsein der Volkszugehörigkeit » vollzogene Unterscheidung von Freund und Feind dient für ihn der « große(n) Säuberungsaktion », mit der Artfremde und Feinde « auszumerzen » sind. Zurück bleibt das deutsche Volk in seiner substanziellen Einheit, die das « innerlich bejahte neue, totale Lebensgesetz des Staates » möglich macht und sein legitimierendes « breite(s) Fundament » darstellt (186).

Dieses Verständnis einer alle Staatsgewalt legitimierenden substanziellen Einheit des Volkes findet sich auch bei weiteren deutschen Staatsrechtlern, wird aber von ihnen noch durch « völkische » Momente ergänzt. Für Ernst Rudolf Huber bedarf es keiner

---

132/133 (133); *DERS., « Totale Mobilmachung »*, in: *Der Ring* (Politische Wochenschrift), 1931, Heft l, S. 4/5 (4).

(181) FORSTHOFF, Ernst, *Der totale Staat*, (Anm. 56), S. 8.

(182) FORSTHOFF, Ernst, *Der totale Staat* (Anm. 56), S. 31.

(183) FORSTHOFF, Ernst, *Der totale Staat* (Anm. 56), S. 38.

(184) Vgl. Anm. 175.

(185) SCHMITT, Carl, *Staat, Bewegung, Volk* (Anm. 177), S. 45.

(186) FORSTHOFF, Ernst, *Der totale Staat* (Anm. 56), S. 39/40, S. 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schriftlichen Festlegungen, um einer « politischen Ordnung den Rang des Rechtes zu verleihen » (187). Das jenseits aller positiven Normierungen stehende « politische Gesetz » ist für ihn « nicht nur die Solidarität von subjektiven Meinungen und Bestrebungen, sondern die objektive Notwendigkeit im völkischen Sein » (188). Recht ist für Huber « kein normativer Ausgleich, der über dem freien und regellosen Kampf der Meinungen und Interessen schwebt, sondern es ist die in der Wirklichkeit des völkischen Lebens selbst enthaltene Ordnung », die im Führerwillen die « verbindliche Gestalt » gewinnt (189). Huber entwickelt eine Art von « Gestalttheorie » und erklärt: « Der Staat ist die *Gestalt des politischen Volkes* » (Hervorh. i. Orig.) (190). Dieser « gestalthafte Staat ist die existentielle Wirklichkeit und nicht nur Idee », er umschließt « alle Bereiche des volklichen Seins » (191), eine Auffassung, die Larenz zu einer Kommentierung dahingehend veranlaßte, in Hubers « Gestalt-Begriff » seien « die Momente der lebendig seienden Form, der konkreten Ordnung des Volkskörpers und der politischen Gestaltung » enthalten, die den Staat zu einer « konkrete(n) Volksordnung » werden lasse (192). Huber greift Carl Schmitts Begriff des « Politischen » als Freund/Feind Unterscheidung auf (193), will ihn aber dahingehend ergänzt sehen, daß eine politische Einheit nicht nur durch ihre substanzielle Ordnung und ihre Abgrenzung gegenüber dem « Feind » zu definieren sei, sondern daß ihr wesentliches

---

(187) HUBER, Ernst Rudolf, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung* (Anm. 38), S. 48; *DERS., Vom Sinn der Verfassung* (Anm. 38), S. 5.

(188) HUBER, Ernst Rudolf, *Die Einheit der Staatsgewalt* (Anm. 38), Sp. 955/956.

(189) HUBER, Ernst Rudolf, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. stark erweiterte Aufl. der « Verfassung », Hamburg 1937/1939, S. 244.

(190) HUBER, Ernst Rudolf, *Die deutsche Staatswissenschaft*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1935 (95. Bd.), S. 1 ff. (30 ff.); vgl. auch *DERS.,* Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches (Anm.189), S. 154: Das « naturhafte Volk erwacht im politischen Volk zur geschichtsmächtigen Gestalt ».

(191) HUBER, Ernst Rudolf, *Die deutsche Staatswissenschaft* (Anm. 190), S. 731/32.

(192) LARENZ, Karl, *Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl., Berlin 1935, S. 147/148.

(193) Vgl. Anm. 174.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Moment in der « naturhafte(n) Existenz und d(er) geschichtliche(n) Sendung » des Volkes liege (194).

Diese Bezugnahme Hubers auf Schmitts Begriff des « Politischen » mit ihrer zumindest insgesamt positiven, wenn auch ergänzenden Stellungnahme, betrifft — wie aus ihrem Kontext deutlich hervorgeht (195) — den akademischen Streit zwischen Koellreutter und Schmitt um den Inhalt eben jener substanziellen Einheit, deren die Staatsgewalt legitimierenden Charakter beide vollauf bejahen. Hatte Schmitt von der Totalität der Einheit des Politischen gesprochen (196), in dem der Staat den « politisch- statische(n) Teil », die nationalsozialistische Bewegung das « politisch-dynamische Moment » und das Volk die « unpolitische Seite » darstellen sollten (197), so will Koellreutter das « Wesen des deutschen Führerstaates nicht in seiner Totalität » sehen (198) und das Volk nicht nur als « unpolitische Seite » staatlicher Einheit begreifen (199). Koellpreutter betont: « *Das Politische A und O der nationalsozialistischen Weltanschauung ist das Volk* » (Hervorh.i.Orig.) (200). Die « völkische Idee » ist für ihn « die unverrückbare Grundlage des nationalsozialistischen Staates » (201). In ihr, in der Verbindung von « Volkstum und Rasse » besteht für Koellreutter der « Kern der nationalsozialistischen Weltanschauung », deren geistige Grundlagen sich für ihn wesentlich vom formalen Denken des italienischen

---

(194) HUBER, Ernst Rudolf, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung* (Anm. 38), S. 44/45.

(195) Vgl. HUBER, Ernst, Rudolf, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung* (Anm. 38), S. 43, Anm. 5 u 6.

(196) Vgl. Anm. 175 u. 176.

(197) Vgl. Anm. 177.

(198) KOELLREUTTER, Otto, *Der Deutsche Führerstaat*, Tübingen 1934, S. 15.

(199) KOELLREUTTER, Otto, *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus* (Anm. 60), S. 10 ff.; *DERS., Deutsches Verfassungsrecht* (Anm. 37), S. 3 ff.; *DERS., Leviathan und totaler Staat*, in: *Reichsverwaltungsblatt* 1938, Bd. 59, S. 803 ff. (806).

(200) KOELLREUTTER, Otto, *Der Deutsche Führerstaat* (Anm. 198), S. 8.

(201) KOELLREUTTER, Otto, *Der Deutsche Führerstaat* (Anm. 198), S. 6, S. 3; *DERS., Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus* (Anm. 60), S. 11 ff.; *DERS., Deutsches Verfassungsrecht* (Anm. 37), S. 128 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Faschismus unterscheiden (202). Der Nationalsozialismus ist von einem « politisch heroischen » Menschentypus (203) und von den « Naturgemeinsamkeiten des Volkes, wie sie in Blut und Boden » gegeben sind, geprägt (204). Aus der « biologischen Lebenseinheit » von Rassereinheit und gemeinsamem « Boden » bildet sich die « völkische Totalität » (205), aus der für Koellreutter jene « völkische Rechtsidee » und jener Begriff « völkischer Gerechtigkeit » erwachsen, die alles staatliche Handeln legitimieren (206). Auf Koellreutters völkischen Rechtsbegriff bezieht sich explizit Theodor Maunz, der aus ihm die Folgerung zieht: « Nicht der Staat setzt die Gesamtheit des Rechts, sondern die volkliche Lebensordnung wächst aus Blut und Boden hervor » (207). Die zitierten Meinungen hinsichtlich eines die Legalität überhöhenden Rechtsbegriffs können als paradigmatisch für die Herausbildung einer neuen Rechtsquellenlehre im Nationalsozialismus stehen (208). Insgesamt sind die von den einzelnen deutschen Staatsrechtlern jeweils hervorgehobenen Momente der Totalität, des Rassisch-Völkischen oder des Heroischen nur Facetten eines Begriffs von « Recht », der sich jeder Rationalität entzieht. Mit ihm wird versucht, irrationalen Gegebenheiten wie Rasse oder « volklicher Lebensordnung » eine legitimitätsbeschaffende Wirkung für staatliche Machtausübung zuzuspre-

---

(202) KOELLREUTTER, Otto, *Vo1k und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus* (Anm. 60), S. 7/8.

(203) KOELLREUTTER, Otto, *Der Deutsche Führerstaat* (Anm. 198), S. 8.

(204) KOELLREUTTER, Otto, *Der Deutsche Führerstaat* (Anm. 198), S. 8/9; DERS, *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus* (Anm. 60), S. 11; *DERS., Deutsches Verfassungsrecht* (Anm. 37), S. 66 ff.

(205) KOELLREUTTER, Otto, *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus* (Anm. 60), S. 14/15 bezieht sich hinsichtlich des Begriffes der « völkischen Totalitat » auf den — wie er unterstreicht — « wertvollen Aufsatz » von Ernst Rudolf HUBER, *Die Totalitat des völkischen Staates*, in: *Die Tat, Aprilheft* 1934, in dem Huber diesen Ausdruck verwendet.

(206) KOELLREUTTER, Otto, *Der Deutsche Führerstaat* (Anm. 198), S. 17.

(207) MAUNZ, Theodor, *Neue Grundlagen des Verwaltunasrechts* (Anm. 60), S. 18; vgl. zur « neuen Rolle des Volksbegriffs » im nationalsozialistischen Recht mit weiteren Lit. — Nachweisen: STOLLEIS, Michael, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974, S. 216 ff.

(208) Vgl. dazu RÜTHERS, Bernd, *Entartetes Recht. Rechtslehre und Kronjuristen im Dritten Reich*, München 1988, S. 26 ff. mit. weiteren Lit. — Nachweisen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chen, die — entsprechend ihrer entformalisierten Grundlagen — jeglicher Begrenzungen entbehrt.

b) Bei einem Vergleich der in der Zeit der Weimarer Republik und während des Nationalsozialismus von deutschen Staatsrechtlern vertretenen Legitimitätsvorstellungen mit denjenigen, die Mortati in seinen in der faschistischen Zeit publizierten Schriften entwickelt hat, erscheint als zentraler Ausgangspunkt, daß Mortati zwischen materieller und formeller Verfassung unterscheidet. Er spricht in seiner Arbeit « La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge » (1935) von der « legge fondamentale », dem Grundgesetz eines Staates, das bei der Ausübung von Staatsgewalt zu respektieren sei; in einer Anmerkung fügt er hinzu, er setze die Existenz eines der formellen Verfassung entgegenzusetzenden materiellen Verfassungskonzepts voraus (209). In seiner Schrift « Note sul potere discrezionale » (1936) nimmt er den Begriff einer Verfassung im materiellen Sinn ausdrücklich auf (210), um ihn 1940 zum Gegenstand einer Monographie zu machen (211). Da für Mortati die formelle Verfassung in den abstrakten normativen Regelungen zu sehen ist, die den jeweiligen Staatstyp kennzeichnen, während er als materielle Verfassung ein Ordnungsprinzip begreift, das allen positivrechtlichen Normierungen vorausgeht (212), ist zu fragen, inwieweit Mortatis Begriff einer materiellen Verfassung jenem Verständnis von Recht entspricht, dem in der deutschen Staatsrechtslehre eine die legale Ordnung überhöhende Funktion zugeschrieben wird.

Eine Antwort auf diese Frage könnte sich — zunächst — aus Mortatis eigenen Stellungnahmen und Kommentierungen zu deutscher Staatstheorie ergeben. Bereits in seiner 1931 publizierten Arbeit « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano » geht Mortati auf Smends Integrationskonzept ein und bejaht das dynamische Prinzip, das für ihn diesem Konzept imma-

---

(209) MORTATI, Costantino, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Off. Tipografica Roberto De Luca, Roma 1935, p. 151, n. 1.

(210) MORTATI, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (Anm. 33), p. 1018 s.

(211) MORTATI, Costantino, La costituzione in senso materiale (Anm. 6).

(212) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 15 ss. p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nent ist (213). Aber obgleich er selbst das Vorhandensein einer geistigen Einheit ausdrücklich als Vorbedingung und als Garantie politischer Einheit benennt (214), lehnt er Smends geieswissenschaftliche Methode und sein Verständnis der Verfassung als « Lebensgesetz einer Konkretheit » ab (215). Er wirft Smend vor, das spezifisch staatliche Moment einer Verfassung im materiellen Sinn vernachlässigt zu haben. Die von Smend benannten unterschiedlichen persönlichen und sachlichen Integraionsfaktoren ließen sich in jeder Gemeinschaft finden. In Smends materiellem Verfassungskonzept bleibe ungeklärt, worin die entscheidenden Elemente zu sehen seien, die aus den von Smend vorausgesetzten Werten gerade eine staatliche Einheitsbildung ermöglichten Das gesellschaftliche Substrat werde von Smend in einem diffusen, organischen Sinn gesehen; es sei auf einer Seinsebene angesiedelt, die mit der verfassungsrechtlichen Sollensebene nicht zu der Synthese gebracht werde, die für das Verhältnis von materieller und formeller Verfassung unerläßlich sei (216).

Auch die national-völkische Auffassung von Recht, die in der deutschen nationalsozialistischen Staatsrechtslehre vertreten wird (217), wird von Mortati einer Kritik unterzogen. Die Vorstellung einer nationalen Volksgemeinschaft, auf die alles Recht zurückzuführen sein soll, geht für ihn von einer prästabilisierten Harmonie im Sinne eines Kollektivbewußtseins aus, die durch nichts begründet sei. In einer Gesellschaft gebe es zwar eine Vielzahl sozialer Vernetzungen, was aber nicht darüber hinwegtäuschen dürfe, daß einzelne Individuen mit unterschiedlichen Interessen und Bedürfnissen existent seien. Einen nationalen Willen

---

(213) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 184, p. 155 s.; ID, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 51.

(214) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 184

(215) MORTATI, Costantino, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (Anm. 209), p. 151, n.1 (der Bezug ist: SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Anm. 127, S. 238/239); ID., *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 51 ss.

(216) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 51 ss.

(217) Vgl. Anm. 187-207.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gebe es nicht. Die Lehre von der völkischen Substanz, die jeder staatlichen Organisation vorausgehe, lasse zudem ungeklärt, wie eine Transformation des von ihr vorausgesetzten Kollektivwillens in die staatliche Sphäre erfolgen können solle. Die Tatsache, daß die Vertreter einer völkischen Auffassung von Staat und Recht gleichzeitig für das Führerprinzip einträten, mache deutlich, daß sie der von ihnen angenommenen nationalen Volksgemeinschaft als solcher keine zureichend strukturierte Ordnung beimäßen, um als Grundprinzip staatlicher Organisation Geltung beanspruchen zu können (218). Da die national-völkische Lehre von einem völlig undifferenzierten Einheitsbegriff ausgehe, sei sie zur Begründung einer materiellen Verfasungstheorie ungeeignet (219).

Mit Carl Schmitts Staatslehre und seinen Vorstellungen von der Legitimität und Legalität staatlichen Handelns hatte sich Mortati bereits in seiner Schrift « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano » (1931) befaßt. Seine dortige Stellungnahme zu Schmitts Repräsentationsbegriff läßt zunächst annehmen, Mortati gehe in Übereinstimmung mit Schmitt von einem substanzhaften Einheitsbegriff des Volkes aus, aus dem sich alles staatliche Handeln legitimieren lasse. Mortati bezieht sich hinsichtlich der Repräsentationsfunktion der Regierung auf die Aussage Schmitts, die Regierung habe « das geistige Prinzip der politischen Existenz » darzustellen und zu konkretisieren; das Volk zu repräsentieren heiße, nicht « das Volk in seinem natürlichen Vorhandensein », sondern « die politische Einheit eines Volkes » zu repräsentieren (220). In seiner Arbeit « La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge » (1935) sieht Mortati Schmitts Einheitsbegriff kritischer. Er geht auf Schmitts Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz ein und bemerkt, wenn Schmitt die Verfassung als Entscheidung ansehe, die vor jeder Normierung

---

(218) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 47-51, p. 69 ss.

(219) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 68-74.

(220) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 19 mit Bezug auf SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 212.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liege, so spreche er eine rein faktische Ebene an, die sich zudem völlig in ein Nichts auflöse, sobald das Verfassungsgesetz im Sinne Schmitts zur Entstehung gekommen sei (221). Diese Kritik nimmt Mortati in seinem Werk « La costituzione in senso materiale » (1940) auf. Er billigt Schmitt zwar zu, versucht zu haben, ein grundlegendes materielles Verfassungskonzept zu begründen, hält die von Schmitt entwickelte Verfassungstheorie aber für unbestimmt, unscharf und unklar (222). Schmitt argumentiere widersprüchlich: einerseits gehe er von dem unbestimmten Begriff einer Volksgemeinschaft als Grundlage des Staates aus, wobei er das Volk selbst als Träger der grundlegenden, einheitsschaffenden politischen Entscheidung ansehe (223), andererseits vermittele Schmitt den Eindruck, das Volk als undifferenzierte Einheit erhalte erst durch spezielle Entscheidungsträger eine verfassungsrechtlich relevante Einheit (224). Besonders pointiert greift Mortati die existentiellen Aspekte in Schmitts Staatstheorie auf, mit der dieser die Legitimität staatlicher Ordnung zu begründen versucht. Schmitt gehe von einer primären « absoluten » politischen Entscheidung aus, die sich auf eine existentielle politische Einheit beziehe. Diese existentielle Einheit werde von Schmitt nicht soziologisch, sondern als undifferenzierte Totalität begriffen. Schmitt spreche von dem konkreten « Sein » eines Volkes, das jeder Normierung vorausgehe. Wenn Schmitt in seiner 1934 publizierten Schrift « Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens » versuche, diesem « Sein » eines Volkes einen konkreten Ordnungscharakter zuzuschreiben, so geschehe auch dies ohne Klärung von Struktur und Funktion dieser Ordnung, deren Charakter bei Schmitt zwischen Elementen institutionellen und organischen Denkens oszilliere (225).

---

(221) MORTATI, Costantino, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (Anm. 209), p. 151, n. 1 mit Bezug auf SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 23.

(222) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 55.

(223) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 55 mit Bezug auf SCHMITT, Carl, Verfassungslehre (Anm. 36), S. 23 u. S. 59.

(224) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 55/56 mit Bezug auf SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 44.

(225) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* mit Bezug auf

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Es gelinge Schmitt nicht, den Begriff einer Verfassung im materiellen Sinn zureichend zu präzisieren; die seinsmäßige und die normative Ebene blieben bei ihm unversöhnt; sie verschmölzen nicht zu einer höheren Einheit (226).

Die Konturen von Mortatis eigenem Konzept einer Verfassung im materiellen Sinn deuten sich bereits in seiner ersten wisenschaftlichen Publikation « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano » (1931) an. Mortati geht nicht von einer der staatlichen Ordnung zugrundeliegenden völkisch organischen oder existentiellen Einheit aus, lehnt die Sicht des Volkes als « amorphe Masse » ausdrücklich ab und spricht von der Partizipation der unterschiedlichen sozialen Gruppierungen am « Leben des Staates » (227). Dieser antagonistische Ansatz erfährt allerdings eine wesentliche qualitative Veränderung durch die Tatsache, daß Mortati von der Autonomie der einzelnen Individuen ausgeht, die im Staatsinteresse aktiviert werden soll, aber gleichzeitig die Rolle der faschistischen Partei als « ideales Ferment » aller sozialen Aktivitäten unterstreicht (228). Die faschistischen Staatsorgane sind für Mortati zur Berücksichtigung der real vorhandenen unterschiedlichen sozialen Interessen und Bedürfnisse der Bürger verpflichtet; in seiner Arbeit « Note sul potere discrezionale » (1936) verdeutlicht er, die den normativen Regelungen zugrundeliegende materielle Verfassung sei ein sich ständig erneuerndes Ordnungsgefüge der in einer Gesellschaft vorhandenen sozialen Kräfte (229). In seiner Monographie « La costituzione in senso materiale » (1940) präzisiert Mortati seinen Begriff einer Verfassung im materiellen Sinn.Die staatliche Einheit sei nicht lediglich als abstraktes Gebilde zu sehen, sondern werde durch eine bestimmte soziale Ordnungsstruktur

---

SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens* (Anm. 106), S. 25 ff.

(226) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 58.

(227) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 184 ss.

(228) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), pp. 156-157.

(229) MORTATI, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (Anm. 3), pp. 1018/1019; vgl. auch ID., *Sulla posizione del partito nello Stato*, in: *Stato e diritto:* a. II, fasc. 1, 1941, pp. 279-306 (283).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

determiniert, durch die die konkrete Staatsorganisation erst begründet werde (230). Das der Normativität der formellen Verfassung nicht nur zugrundeliegende, sondern gleichzeitig immanente materielle Ordnungsprinzip, das « Grundgesetz » oder die « materielle Verfassung » eines Staates, sei als Ausdruck einer komplexen sozialen Einheit zu sehen. Nicht — wie teils in der deutschen Staatsrechtslehre behauptet — die « Volksgemeinschaft », nicht das Volk als solches könne bereits als tragendes Element der materiellen Verfassung begriffen werden, weil insoweit nur ein Existentielles, aber keine in sich geordnete Struktur gegeben sei. Auch das in der deutschen Staatsrechtslehre als rechtlich relevant angesehene « Führerprinzip » sei hinsichtlich der Herausbildung einer materiellen Verfassung untauglich, weil es sich nur darauf stütze, daß ein Führer faktisch anerkannt werde, was über die komplexe soziale Struktur eines Volkes nichts aussage (231). Im gesellschaftlichen Bereich müsse sich ein Bewußtsein der eigenen Soziabilität (« consapevolezza di se dell'io sociale ») herausbilden.Die Herstellung eines derartigen Bewußtseins vermag für Mortati allerdings nicht von den Individuen selbst geleistet zu werden;vielmehr muß — und dies ist ein entscheidender Gesichtspunkt in Mortatis materieller Verfassungstheorie — eine politische Kraft vorhanden sein, die die antagonistischen Gruppen zu einigen imstande sei und die ihr eine von den einzelnen Individuen und sozialen Gruppierungen konsentierte politische Zielrichtung vorgebe. Diese politische Kraft ist für ihn die (Einheits-)Partei, die er als Staatsorgan einordnet. Gelinge es ihr, die Individuen — die als solche nur isolierte Elemente eines Staates seien — zu einer Einheit von relativer sozialer Homogenität im Sinne eines Ausgleichs der sozialen Bedürfnisse und Interessen sowie einer zureichenden Stabilität der gesellschaftlichen Struktur zu formen, so sei bereits ein Ordnungszusammenhang vorhanden, der, wei1 von einem bewußten Ordnungswillen getragen, im materiellen Sinn Staat sei, auch wenn eine

(230) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 67/68; vgl. auch ID., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (Anm. 209), p. 150.

(231) MORTATI, Costantino *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 69-73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formelle normative Regelung noch nicht getroffen sei (232). Die materielle Verfassung ist für Mortati nicht etwa nur Voraussetzung oder Substrat der formellen Verfassung, sondern sie hat selbst juristischen Charakter, ist « giuridica per eccellenza », weil es ihre spezifische Struktur ist, die für ihn alle staatlichen Akte in einem konkreten politischen System erst als rechtliche ausweist (233). Recht nur in positiven Normierungen sehen zu wollen bedeutet für Mortati, ein geschlossenes Rechtssystem anzunehmen, das den sich im « Stato moderno » unentwegt wandelnden sozialen Bedürfnissen und Interessen niemals gerecht zu werden vermag und zwangsläufig zu einem Widerspruch zwischen gesetztem Recht und der in in einem Staat real bestehenden gesellschaftlichen Ordnung führt (234). Es ist für Mortati die materielle Verfassung in dem von ihm verstandenen Sinn als geellschaftlicher Ordnungszusammenhang, der von der (Einheits-) Partei und der Regierung entsprechend der jeweiligen Zielsetzungen stets neu formiert wird, die der rechtlichen Sphäre essentiell zuzuordnen ist und insofern alle positiven Regelungen transzendiert (235).

Diesem Verständnis einer materiellen Verfassung als rechtlicher Ordnung von Konstanz und Regelhaftigkeit (236) ist ein Begriff immanent, der in der deutschen Staatslehre der Weimarer Zeit im Kontext der Bestimmung der Voraussetzungen des Funktionierens einer parlamentarischen Demokratie eingesetzt wird:der der sozialen Homogenität (237). Mortati unterstreicht vielfach, daß Grundlage jeder normativen Verfassung nicht eine substanzhafte Einheit, sondern eine relative soziale Homogenität der Gesellschaft zu sein

---

(232) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 70 n.7, pp. 74-78, p. 88, p. 100, pp. 161/162, pp. 174/175, p. 214, pp. 232/233.

(233) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 88.

(234) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 1535 s.

(235) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 230.

(236) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 65 n. 1, pp. 67/69, pp. 76/77, pp. 89/90, p. 96 s.

(237) Vgl. zum Begriff der sozialen Demokratie bei Kirchheimer: Anm. 68, bei Heller: Anm. 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

habe (238) und er bezieht sich insoweit in positivem, zustimmenden Sinn auf Werke Hermann Hellers, der mit besonderem Nachdruck die Notwendigkeit einer sozialen Homogenität für den Funktionsmodus einer parlamentarischen Demokratie hervorgehoben hat (239). Mortati verweist auf Heller, um zu belegen, daß die Tragfähigkeit einer Staatsverfassung nur garantiert werden könne, wenn diese Verfassung von konstanter, normativer Regelhaftigkeit ist (240). Er bestimmt unter Verweis auf Heller die sozialen Voraussetzungen zur Herausbildung einer normativen Ordnung (241). Für Mortati wie für Heller geht es um die soziologische Willensvereinigung als « Wirkungs-und Entscheidungseinheit » für die Herstellung staatlicher Organisationseinheit (242). Beide sehen eine relative soziale Homogenität als notwendig für die staatliche Einheitsbildung an (243). Für beide ist ein « bewußter Ordnungswille » auf der gesellschaftlichen Ebene bei der Schaffung staatlicher Organisation unerläßlich (244).

Eine — wie zu zeigen sein wird (245) — äußerst folgenreiche Unterschiedlichkeit zwischen Mortatis und Hellers Postulat nach einer sozialen Homogenität einer Gesellschaft für die Funktionsfähigkeit staatlicher Organisation besteht jedoch darin, daß Mortati abweichend von Heller der materiellen Verfassung als gesellschaftlichem Ordnungszusammenhang von zureichender Stabilität bereits

---

(238) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 74-78, p. 88, p. 100.

(239) Vgl. Anm. 69.

(240) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 57 mit Bezug auf Heller, Hermann, *Staatslehre*, hrsg. von Gerhart Niemeyer, Leiden 1934, S. 253, S. 265 ff., S. 277.

(241) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 90 p. 96 n. 47 mit Bezug auf HELLER, Hermann, *Staatslehre* (Anm. 240), S. 188 ff. u. S. 233.

(242) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p 67, pp. 89/90; HELLER Hermann, *Die Souveränität* (1927) in: *DERS., Gesammelte Schriften* (Anm. 39), Bd. 2, S. 31 ff. (58); *DERS. Staatslehre* (Anm. 240), S. 203, S. 230.

(243) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 77., p. 117; HELLER, Hermann, *Staatslehre* (Anm. 240) S. 298; *DERS., Politische Demokratie und soziale Homogenität* (Anm. 69), S. 427 ff..

(244) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 100 HELLER Hermann, *Staatslehre* (Anm. 240), p. 230.

(245) Vgl. dazu unten unter III.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

einen juristischen Charakter zumißt (246). Von einer solchen Wertung ist Heller weit entfernt. Hellers Forderung nach sozialer Homogenität ist bezogen auf den Begriff einer sozialen Demokratie und enthält eine verfahrensrechtliche und eine materielle Komponente. Demokratie kann verfahrensrechtlich nur Verwirklichung der volonté générale sein, wenn allen Bürgern « die gleiche Einwirkungsmöglichkeit auf die Gestaltung der politischen Einheit » gegeben wird; sie entfällt, wenn die ökonomisch Überlegenen ihre Machtposition in den demokratischen Willensbildungsprozeß einzubringen vermögen, sei es durch finanzielle Beherrschung der Presse und der politischen Parteien oder durch « gesellschaftliche Influenzierung von Schule und Hochschule », und ihn dadurch verfälschen. Demokratie als Verfahren setzt insofern materiell die Überwindung der « ökonomischen Disparität », die Erreichung einer sozialen Ausgeglicheit auf der gesellschaftlichen Ebene voraus (247). Juristischen Charakter hat für Heller im Gegensatz zu Mortati ausschließlich der Staat als rechtliche Organisation, deren Einheitsbildung und deren Stabilität durch eine auf der gesellschaftlichen Ebene vorhandene soziale Homogenität erleichtert und gesichert werden kann (248).

Diese Divergenz zwischen Mortati und Heller hinsichtlich der Wertung eines gesellschaftlichen Ordnungszusammenhanges hat ihre bestimmende Ursache darin, daß Mortati in seinen in der faschistischen Zeit publizierten Schriften das demokratische Verfahren und mit ihm das Vernunftprinzip einer volonté générale strikt ablehnt (249). Seine Rezeption Hellerscher Staatslehre betrifft nur einen bestimmten materiellrechtlichen Aspekt, erstreckt sich aber nicht auf das sie beherrschende Prinzip demokratischer Legalität (250). Aber auch der materiellrechtliche Aspekt wird von

(246) Vgl. Anm. 233.

(247) HELLER Hermann, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (Anm. 69), S. 430.

(248) HELLER, Hermann, *Staatslehre* (Anm. 240), S. 230.

(249) Vgl. Anm. 49 u. 151.

(250) Vgl. dazu HELLER, Hermann, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (Anm. 141), S. 229. Vgl. zu Hellers Verständnis von Legitimität und Legalitat: STAFF Ilse, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, in: MÜLLER, Christoph, STAFF, Ilse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mortati in einen anderen Kontext eingebunden als von Heller vorgegeben.Die Individuen sind für Mortati nicht wie für Heller zur politischen Willensbildung fähig; die politische Kraft, die für Mortati die gesellschaftlichen Gruppen zu einigen und ihnen eine Zielrichtung vorzugeben hat und insofern selbst Teil seines materiellen Verfassungsbegriffs ist, ist die politische Partei und zwar die Einheitspartei, weil « Einheit das Prinzip jeder politischen Form » sei (251). Der politischen Partei kommt für Mortati *juristischer* Charakter zu; sie ist staatliches Organ, weil sie für ihn durch die Bestimmung der jeweils vom Staat zu verfolgenden Zwecke unmittelbar mit der Staatsorganisation verknüpft ist (252). Es ist ihre Aufgabe, planend und lenkend auf das gesellschaftliche Leben einzuwirken, die sozialen Bedürfnisse zu erkennen und sie in adäquate politische Zielsetzungen zu transformieren. Mortati verfällt aber nicht der Ideologie eines hypothetischen einheitlichen Gesamtwohls, das die Einheitspartei zu verfolgen hat, sondern betont, es reiche nicht aus, daß sich die politische Partei bei der Bestimmung ihrer politischen Ziele auf das « öffentliche Interesse » berufe, einem Begriff, für dessen Interpretation jegliches objektive Kriterium fehle. Orientierungspunkt müsse die jeweilige gesellschaftspolitische Situation sein, die unterschiedliche Handlungsmodalitäten erforderlich machen könne;es könne sich um die Regelung sozialer oder ökonomischer Bedürfnisse, um den Ausgleich kontrastierender Interessen oder um die Erreichung eines Zusammenwirkens der unterschiedlichen Klassen handeln, z.B.um die Verhinderung von Ungleichheiten im Interesse der notwendigen sozialen Homogenität (253). 1941 stellt Mortati sein Verfassungskonzept um auf das eines Mehrparteiensystems. Er spricht in seiner Arbeit « Sulla posizione del partito nello Stato » von den unterschiedlichen politischen Parteien, die um die politische Vorherr-

---

(Hrsg.), *Staatslehre in der Weimarer Republik* , Frankfurt am Main 1985, S. 7 ff. (13 ff.).

(251) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6) p. 70 n. 7, p. 214, p. 87.

(252) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), 161 ss., pp. 174/175, p. 233.

(253) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 84 ss., p. 109 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schaft in einem Staat kämpfen. Sie entsprechen für Mortati dem unterschiedlichen Meinungsspektrum im Wahlkörper, der sich aus den wahlberechtigten Bürgern zusammensetzt. Der Partei, die mit ihrem politischen Programm obsiege und die die Mehrheit der Stimmen gewinne, komme das Recht zu, mit ihrer politischen Konzeption die Richtung der staatlichen Willensbildung zu bestimmen. Die Mehrheitspartei sei zwar auch Element des gesellschaftlichen Bereichs, weil ihr die Funktion politischer Willensbildung zukomme, sie sei aber gleichzeitig staatliches Organ und dies nicht nur im politischen, sondern im juristischen Sinn, weil sie es sei, die die Staatswillensbildung vorgebe und damit unmittelbar in die Staatsorganisation eingebunden sei (254).

Im Hinblick auf Mortatis Sicht von Legitimität und Legalität staatlicher Ordnung ist im Vergleich zu deutscher Staatsrechtslehre zwar aufschlußreich, daß er der leeren und für jegliche staatliche Machtausübung instrumentarisierbare Begrifflichkeit einer substantiellen Einheit des Volkes, sei es im « lebensgesetzlichen », völkisch-nationalen oder existentiellen Sinn, widersteht, aufschlußreich ist aber auch ein anderes: Mortati bestimmt den Charakter einer Verfassung im materiellen Sinn als Ordnungsprinzip, das sich unter der Voraussetzung gesellschaftlicher sozialer Homogenität zu bilden imstande ist und im Interesse der Stabilität eines Staatswesens bilden sollte, sagt aber ausdrücklich, das Problem der Legitimation liege *außerhalb* der rechtlichen Sphäre.Worin er präzise die außerrechtliche legitimitätsbeschaffende Kraft staatlicher Ordnung sieht, wird von Mortati nicht explizit dargelegt.Er erklärt aber mit Entschiedenheit, die Frage der Struktur der Verfassung im materiellen Sinn sei die nach der Quelle konkreter positiver Ordnung, die von derjenigen nach der Legitimation staatlicher Ordnung zu trennen sei: « Per valutare l'esattezza di quest'opinione bisogna ricordare ancora una volta come la ricerca di una unità originaria non e diretta a spiegare il problema del primo costituirsi dell'ordinamento e neppure quello della sua legittimazione, che sono estranei al diritto, bensì a trovare il fondamento giuridico di

(254) MORTATI, Costantino, *Sulla posizione del partito nello Stato* (Anm. 229), p. 288 ss.; vgl. auch Anm. 252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un concreto sistema positivo, la fonte suprema di questo » (255). Diese Passage macht den Grad der Annäherung Mortatis an ein demokratisches Konzept deutlich: obgleich er den Antagonismus moderner Gesellschaften deutlich wahrnimmt, vermag er den Schritt zur Anerkennung eines politischen Selbstbestimmungsrechts der Individuen in Form demokratischer Rechtsetzung nicht zu tun. Er überläßt es der von ihm als Staatsorgan eingeordneten politischen Partei, die Individuen zu einem Ordnungszusammenhang zusammenzufügen, dem als Verfassung im materiellen Sinn legalitätsbeschaffende Funktion für alles staatliche Handeln zukommt und sieht in der Legitimität staatlicher Ordnung ein außerrechtliches Prinzip.

3) *Reohtsstaat und Diktatur.*

Das Attribut eines Rechtsstaates wird von Mortati dem faschistischen wie von deutschen Staatsrechtlern dem nationalsozialistischen Staat zuerkannt.

a) Mortati sieht im faschistischen Staat eine Weiterführung des bürgerlichen Rechtsstaates (256) in einer spezifischen Ausformung, wie sie für ihn den Erfordernissen des « Stato moderno » entspricht (257). Er stellt zwei in seiner Sicht bestehende Typen von Rechtsstaatlichkeit vor, die für ihn jeweils charakteristisch für eine bestimmte Staatsform sind: zum einen den Rechtsstaat, in dem die rechtlichen Beziehungen durch vorhersehbare, bestimmte, generelle und abstrakte Normen geregelt sind, die Gleichheit verbürgen; zum

---

(255) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 48/49, p. 91, n. 39.

(256) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 163: « Il regime fascista, se è andato oltre la concezione dello Stato come Stato di diritto, non l'ha tuttavia rinnegata... »; ID., *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (Anm. 8), p. 446.

(257) MORTATI, Costantino , *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 163 ss.; ID., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* Anm. 209), p. 146 ss.; ID., *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto*, in: *Studi sui principii generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di Perfezionamento nelle discipline corporative della R.Università di Pisa, Pisa 1943, XXI, pp. 107-136 (133).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anderen den Rechtsstaat, der — wie Mortati es ausdrückt — einem « generellen Prinzip » wie dem Naturrecht, dem göttlichen Recht oder einer bestimmten politischen Ideologie unterstellt ist und in dem ohne oder auch gegen positive Normierungen Einzelfallregelungen durch das oberste Staatsorgan oder diesem unterstellte Organe getroffen werden (258). Zum letzteren Rechtsstaatstyp rechnet Mortati das sowjetische und das nationalsozialistische Rechtssystem sowie dasjenige der katholischen Kirche (259), während er den faschistischen Staat — unter Berufung auf Äußerungen des Duce — als Rechtsstaat im ersteren Sinn einordnet, in dem alles staatliche Handeln gesetzeskonform zu erfolgen hat und erfolgt (260). Diese von Mortati vorgenommene Zuordnung des faschistischen Staates zu einem Rechtsstaatstyp, der durch die klassischen Rechtsstaatselemente der Gesetzesbindung aller staatlichen Gewalt und der entsprechenden Rechtsgewißheit gekennzeichnet ist, bedarf der Verifizierung durch die Ausführungen, in denen er detailliert auf die Rechtsstaatsproblematik im faschistischen Rechtssystem eingeht.

Hinsichtlich der autonomen Rechtssphäre der Individuen, gegenüber der jeder staatliche Eingriff rechtfertigungsbedürftig ist, glaubt Mortati unmittelbar an das liberale System anschließen zu können; er sagt, wie im liberalen werde auch im faschistischen Staat die Individualsphäre anerkannt und durch Gesetz im Kollektivinteresse begrenzt. Das Charakteristikum des faschistischen Rechtskonzepts liege geradezu in der intendierten Versöhnung der individuellen mit den allgemeinen Interessen. Diese Versöhnung werde nicht durch unmittelbare Eingriffe in die Privatautonomie zu erreichen versucht, sondern durch die Einflußnahme der politischen (Einheits-)Partei als staatliches Organ sowie durch mittelbare Sanktionen, durch die die Ausübung privater Rechte gesteuert werde. In einer Anmerkung fügt Mortati hinzu, die essentielle Verbindung

(258) MORTATI, Costantino, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (Anm. 8), pp. 438/439.

(259) MORTATI, Costantino, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (Anm. 8), p. 439.

(260) MORTATI, Costantino, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (Anm. 8), p. 446.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mit dem politischen faschistischen System entkleide die Individualrechte allerdings ihres absoluten Charakters. Die Individuen blieben zwar autonome Träger von Rechten und Pflichten, sie seien jedoch — insbesondere soweit sie dem Produktionssektor angehörten — in das korporative System eingebunden; die einzelnen Korporationen bewirkten durch ihre Aktivitäten wiederum eine Verstärkung und Erweiterung individueller Rechtspositionen (261). Die Bezugnahme Mortatis auf das faschistische Korporativwesen, in dem er die Privatautonomie prinzipiell als gewahrt ansieht, ist vor dem normativen Hintergrund der Carta del lavoro zu sehen, deren Regelungen für die durch Gesetz vom 5. Februar 1934, n. 163 gegründeten Korporationen maßgebend waren (262). In Art.VII der Carta del lavoro wurde unterstrichen, der Privatinitiative komme im Produktionssektor eine wesentliche Funktion zur Verwirklichung der nationalen Interessen zu; gem. Art. IX » der Carta del lavoro konnte der Staat im Bereich des Produktionswesens kontrollierend oder durch direkte Interventionen eingreifen, wenn die Privatinitiative nicht zureichend erschien oder wenn politische Interessen im Spiel waren (« L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato... ») (263). In völliger Übereinstimmung mit den normativen Vorgaben der Carta del lavoro erklärt Mortati die unmittelbare Eingriffsbefugnis des Consiglio Nazionale delle Corporazioni in Individualrechte für rechtmäßig und bejaht darüberhinaus ein Interventionsrecht des Regierungschefs im gesamten Produktionsbereich.Der Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang, daß die Verstärkung und Erweiterung der individuellen Rechtspositionen durch die

(261) MORTATI Costantino, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (Anm. 8), pp. 444/445, vgl. insbes p. 445, n. 22; vgl. zur Versöhnung individueller und allgemeiner Interessen im Korporativstaat: ID., *La rilevanza giuridica del concetto di nazione* (1943), in: ID., *Raccolta di scritti* (Anm. 33), vol. IV, pp. 553-573 (572/573); vgl. zum faschistischen Korporativsystem als « l'imperativo della solidarietà nazionale » auch ID., *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), pp. 128/129.

(262) Vgl. zur Carta del lavoro: oben I 2.

(263) Vgl. zum Textabdruck der Carta del lavoro Anm. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Korporationen, von der Mortati spricht (264), ausschließlich durch faschistische Gewerkschaften erfolgte, die zudem juristisch den Charakter staatlicher Verwaltungsorgane hatten und damit unmittelbarer staatlicher Kontrolle unterstellt waren (265).

Diese Einbindung der Individuen in die Direktionssphäre des faschistischen Korporativstaates unter gleichzeitiger Anerkennung der Privatautonomie im Interesse nationaler Zwecke betrifft sie allerdings nur in ihrer Eigenschaft als potentielle Wirtschaftssubjekte, denn nur der Produktionsbereich war Gegenstand der Carta del lavoro. Inwieweit Mortati im übrigen die autonome Rechtsphäre der Individuen in der von ihm angenommenen Parallelität zum liberalen Staat im Faschismus abgesichert sieht, ist aus dem Rechtssystem zu erschließen, das Mortati als rechtsstaatliches begreift. Als Schlüssel für Mortatis Rechtsstaatsverständnis läßt sich eine Passage aus seiner 1936 publizierten Arbeit « Note sul potere discrezionale » heranziehen, in der er eine Berufung der staatlichen Organe auf « außerrechtliche Normen » (« norme extralegali ») wie z.B. auf die « Natur der Sache » für unzulässig hält, andererseits aber eine Gleichsetzung von positivem Gesetz und Recht für amoralisch erklärt. Recht im Sinne eines nicht normierten Ordnungsprinzips ist für Mortati die Verfassung im materiellen Sinn (266), nämlich die durch die maßgebliche politische Partei als Staatsorgan geformte gesellschaftliche Struktur eines Volkes, die — wie er formuliert — die « Individualität eines konkreten Staates » ausmacht und die bei zureichender Stabilität für Mortati bereits eine juristische Ordnung darstellt (267). Rechtsstaatlichkeit meint insofern für Mortati, daß positiv gesetzte Normen und die Verfassung im materiellen Sinn als nicht positiv normiertes und sich ständig erneuerndes Ordnungsprinzip (« quel processo della sempre rinnovantesi unificazione delle forze sociali viventi nello Stato » (268)) das staatliche Rechtssystem ausmachen und die staatlichen Organe binden. Das positive

---

(264) Vgl. Anm. 261.

(265) Vgl. dazu oben I 2.

(266) Vgl. dazu Anm. 230-232.

(267) MORTATI, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (Anm. 33), pp. 1018/1019.

(268) MORTATI, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (Anm. 33), pp. 1018.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gesetz allein kann für Mortati niemals der Komplexität der realen gesellschaftlichen Verhältnisse gerecht werden (269). Das « Wollen des Staates » in allen seinen Ausprägungen ist der materiellen Verfassung als « legge fondamentale » im « weiten Sinn » verpflichtet und dies meint, daß sich die Bestimmung und die Verfolgung der Staatszwecke an der Verfassung im materiellen Sinn zu orientieren haben (270). Aus dieser von Mortati vorgenommenen Einbeziehung der jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Strukturierungen eines in einem Staatswesen zusammengeschlossenen Volkes in den Begriff von Recht erklärt sich seine Einordnung des faschistischen Staates als Rechtsstaat, die er in vielfältiger Weise zu belegen versucht:

Prinzipiell sieht Mortati nicht nur die Wahrung der individuellen Rechtssphäre der Bürger, sondern auch die Einhaltung einer dem Grundsatz der Funktionenteilung der Staatsgewalt entsprechenden Kompetenzordnung im faschistischen Staat als gegeben an.Allerdings werden die Kompetenzbereiche der einzelnen Staatsorgane für ihn gleichsam überwölbt durch die von dem konkreten Staat verfolgte politische Ideologie und die sich aus ihr ergebenden Zwecksetzungen, die eine « Integration » allen staatlichen Handelns notwendig macht (271). Aktive Kraft in diesem Integrationsprozeß ist für Mortati die faschistische Partei (« Partito che è unico e totalitario, in quanto informa della sua ideologia tutta la vita dello Stato... »), die die einzelnen gesellschaftlichen Interessen und Bedürfnisse aufnimmt und über den Gran Cosiglio del fascismo in den

---

(269) MORTATI, Costantino, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (Anm. 209), p. 87.

(270) MORTATI, Costantino, La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge (Anm. 209), p. 151: « La volontà dello Stato, anche quella suprema, è vincolata pertanto, fin dall'origine di esso, dalla necessità di rispettare la legge fondamentale della sua struttura, la sua forma, intesa in senso ampio, comprensiva cioè dello scopo ».

(271) MORTATI, Costantino, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (Anm. 8), p. 442: « E esatto invece affermare che questa deve trovare il suo completamento nel sistema di certi fini, connaturati nell'ideologia propria delle forze politiche sulle quali un concreto Stato si fonda. Il che giova a comprovare, per altra via, l'esattezza dell'osservazione già fatta, secondo la quale la separazione dei poteri esige di essere integrata con il ricorso ad elementi che sono fuori di essa »; vgl. auch dortselbst p. 464.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

staatlichen Bereich transformiert.Insofern ist es für Mortati folgerichtig, daß der Regierungschef gleichzeitig Führer der faschistischen Bewegung ist, weil dadurch eine Interessenidentität von Regierungs-und Parteispitze gewährleistet wird (272). Mortati folgt mit seiner Rechtsauffassung textgetreu den Regelungen des Gesetzes vom 9. Dezember 1928, n. 2693, nach dem der Gran Consiglio del fascismo zum obersten Organ des faschistischen Italien erklärt wurde, um die Aktivitäten des faschistischen Staates zu koordinieren und zu integrieren. Der Gran Consiglio del fascismo hat für Mortati auch die normativ unbegrenzte Kompetenz, eine « Selektion » (« compito di selezione ») hinsichtlich der Zusammensetzung des Parlaments vorzunehmen, um zwischen Parlament und Regierung eine Übereinstimmung in der Verfolgung staatlicher Ziele zu gewährleisten (273). An der Maßgeblichkeit aller vom Gran Cosiglio del fascismo getroffenen Entscheidungen ändert sich für Mortati auch dadurch nichts, daß sich seine Beratungen und Beschlußfassungen im geheimen sowie ohne Offenlegung der sie leitenden Regeln vollziehen und sie einer Publikationspflicht im Hinblick auf die Entscheidungsergebnisse nicht unterliegen; dies deshalb nicht, weil Mortati trotz der von ihm angenommenen Zentralisierung aller Staatsgewalt und trotz des von ihm explizit unterstrichenen Treue- und Gehorsamsschwurs, der jeden Faschisten an den « Führer der Bewegung » (« Capo del movimento ») bindet, der Aufassung ist, daß innerhalb der alle staatlichen Organe vereinigenden politischen Überzeugung jedem einzelnen Kompetenzträger ein autonomer Handlungsbereich verbleibt (274). Die sich aus den Ausführungen Mortatis herauskristallisierende unbegrenzte Direktionsbefugns des Regierungschefs, der gleichzeitig « Duce » der faschististischen Par-

(272) MORTATI, Costantino, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costitutionale italiano* (Anm. 8), pp. 466/467; vgl. zur Notwendigkeit der Durchdringung der Partei-und Staatsinteressen auch: ID., *Sulla posizione del partito nello Stato* (Anm. 229), pp. 293/294; vgl. zum Zusammenwirken des Gran Cosiglio del fascismo mit dem Regierungschef: ID., *Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico*, in: *Archivio Giuridico*, V, 1942, vol. 128, pp. 61-81.

(273) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 129 ss.

(274) MORTATI, Costantino, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (Anm. 8), pp. 468/469.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tei ist, ist für Mortati selbst durchaus nicht unbegrenzt. Begrenzungen ergeben sich für ihn zwar nicht aus positiv gesetztem Recht, wohl aber aus der Verfassung im materiellen Sinn, d.h. aus den von einem Staatsorgan, der politischen Partei, geformten gesellschaftlichen Ordnungsprinzipien, die einem konkreten Staat immanent sind. Diese formellrechtlich in keiner Weise abgestützte Verpflichtung des Regierungschefs, die « Regelmäßigkeiten » der gesellschaftlichen Struktur einzuhalten (275), unterscheidet seinen Kompetenzbereich für Mortati sowohl von dem eines konstitutionellen Monarchen (276) wie auch von demjenigen des « Führers » im nationalsozialistischen Staat, dessen Wille — wie Mortati betont — nach der nationalsozialistischen Rechtstheorie als Rechtsquelle gelte (277).

Die nach Mortatis Auffassung bestehende Bindung aller Staatsgewalt an die Verfassung im materiellen Sinn verleiht für ihn der Ausübung der gesetzgebenden, exekutiven und judikativen Staatsfunktion den rechtsstaatlichen Charakter.Abgesehen von der obersten Leitungsfunktion des Regierungschefs, durch die gleichzeitig die Zielsetzungen der faschistischen Partei realisiert werden (278), kommt der Staatswille für ihn durch die Rechtsetzung der unterschiedlichen gesetzgebenden Organe zum Ausdruck. Mortati formuliert, der gesetzgebende Wille sei der durch Recht begrenzte Wille eines Staatsorgans (279) und meint mit dem Begriff « Recht » eben jenen gesellschaftlichen Ordnungszusammenhang, den er als Verfassung im materiellen Sinn versteht (280). Diese materielle Ver-

---

(275) MORTATI, Costantino, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico* (Anm. 272), pp. 79/80.

(276) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 183.

(277) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 124, n. 2.

(278) MORTATI, COSTANTINO, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 157 ss.

(279) MORTATI, Costantino *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (Anm. 209), p. 154: « La volontà diretta alla formazione della legge è pertanto volontà di un organo dello Stato, limitato dal diritto... ».

(280) MORTATI, Costantino, *La volontà e la causa nell'atto amminisrativo e nella legge* (Anm. 209), p. 146 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fassung, die für Mortati weder naturrechtlich noch soziologisch begründet ist, sondern die juristische Qualität einer von der Ideologie der führenden politischen Kräfte getragenen verfassungsrechtlichen Superlegalität (« superlegalità costituzionale ») besitzt, vermag für ihn niemals in positivrechtlichen Normierungen aufzugehen, ist aber in ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung im jeweiligen historischen Moment Maßstab ihrer Anwendung (281). Die Werte, die sich in der materiellen Verfassung ausdrücken, transzendieren alles formelle Recht (282) und finden durch Norminterpretation ihre Durchsetzung bei der Rechtsanwendung. Mortati betont die Bedeutung von Generalklauseln und weiten Ermessensspielräumen, durch die für ihn der Exekutive erst die Freiheit zur Berücksichtigung der in einem Staat vorhandenen politischen und sozialen Kräfte in vollem Ausmaß gewährleistet wird (283). Hinsichtlich der Ausübung der judikativen Gewalt verneint er zwar ein direktes Interventionsrecht der Regierungs—und Parteispitze, ergänzt aber, unvermeidlich sei, daß sich im Wege der richterlichen Gesetzesanwendung jene politische Ideologie durchsetze, die das konkrete soziale Leben eines Staates bestimme und der sich ein Richter nicht entziehen könne (284).

Aus seinem 1941 publizierten Beitrag « Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto » läßt sich Mortatis Rechtsstaatsverständnis noch einmal zusammengefaßt ablesen. Deutlich wird, daß es die jenseits des positiven Rechts liegenden « Prinzipien » sind, die für ihn den Charakter der Rechtsordnung in einem konkreten Staat ausmachen und wie ein « Gesetz des Lebens » (« legge di vita ») die Gesetz-

---

(281) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 137 ss., p. 228; ID., *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 112.

(282) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 230/231.

(283) MORTATI, Costantino, *Note sul potere discrezionale* (Anm. 33), pp. 1018/1019; ID., *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), pp. 134/135.

(284) MORTATI, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8), p. 164, n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gebung und die gesamte Rechtsanwendung zu steuern haben (285). Ihre schriftliche Fixierung ist für ihn nichts weiter als eine Opportunitätsfrage, denn sie sind für Mortati ohnehin der politischen Struktur eines konkreten Staates immanent und Ausdruck des historischen Bewußtseins einer politischen Bewegung. Die Gesamtheit der Prinzipien ist für ihn auch ohne Positivierung als normative Ordnung zu begreifen und ist — wie er unter Verwendung des deutschen Wortes unterstreicht — Erkenntnisgrund für die Zuordnungen aller Normen in einem Rechtssystem (286). In der Carta del lavoro sieht Mortati die den faschistischen Staat leitenden Prinzipien zusammengefaßt, in ihr kommt insbesondere das Prinzip nationaler Solidarität zum Ausdruck. Dieses Prinzip einer nationalen Solidarität läßt sich für Mortati allerdings noch näher konkretisieren.Entscheidend ist dabei für ihn, daß die Einheit der Nation gewahrt wird.Insofern spielt für ihn die Frage der Rasse eine eher zweitrangige Rolle, die lediglich unter speziellen Umständen relevant werden kann (287), während er der Kontinuität der Generationenfolge eine wesentlichere Bedeutung beimißt. Sie wird erreicht durch einen staatlichen Totalitarismus (« totalitarismo statale »), der sich in der Einheit der Partei zur Gewährleistung staatlicher Einheit sowie durch das direkte oder indirekte Interventionsrecht des Staates in ökonomischer und in moralischer Hinsicht ausdrückt. Auch die private Rechtssphäre will Mortati in der nationalen Solidarität des faschistischen Rechtsstaates gewahrt sehen. Weil aber Solidarität nicht erzwungen werden kann, andererseits aber spontane persönliche Aktivitäten und Zusammenschlüsse der Individuen für Mortati die notwendige Suprematie des Staates gefähr-

(285) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 111.

(286) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), pp. 112/113.

(287) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 128. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, daß Mortati am 23. März 1943 in einer Antrittsvorlesung im R. Istituto universitario navale in Neapel ausdrücklich die Notwendigkeit betont hat, daß allen Landsleuten (« connazionali ») eine autonome Rechtssphäre zugebilligt werde, unabhängig von Klassen-, Standes-, Religions-und Rassenzugehörgkeit; vgl. MORTATI, Costantino, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione* (Anm. 261), p. 571.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den könnten, hält er ein Erziehungssystem für erforderlich, in dem neben der Familie auch weitere soziale Institutionen tätig werden sollen, in die die Einzelnen im politischen Interesse einzugliedern sind (288). Insgesamt hat das Prinzip der nationalen Solidarität für den faschistischen Staat als Rechtsstaat für Mortati eine so hohe Bedeutung, daß er seine Kodifizierung für sinnvoll ansieht, um die politische Konzeption des faschistischen Staates in ihrem Kontrast hinsichtlich anderer Vorstellungen herauszustellen. Als Kennzeichnung des faschistischen Staates hält er die Bezeichnung als « autoritäre Demokratie » (« democrazia autoritaria ») für sachgerecht:der terminus autoritär drückt für ihn die Ablehnung eines jeglichen Pluralismus und die Zentralisierung der Führungsgewalt aus;der terminus Demokratie soll den Respekt vor der Würde des Menschen verdeutlichen (289).

b) Erkennt Mortati dem faschistischen Staat das Attribut eines Rechtsstaates mit der Begründung zu, alles staatliche Handeln sei an positivrechtliche Normen und an den im historischen Moment jeweils vorhandenen gesellschaftlichen Ordnungszusammenhang als « Verfassung im materiellen Sinn » gebunden, so wird in der deutschen Staatsrechtslehre Ende der zwanziger und zu Beginn der dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts — zunächst — die Frage gestellt, ob nicht der Begriff des Rechtsstaats ausschließlich dem System der bürgerlichen Konkurrenzgesellschaft vorzubehalten sei. Carl Schmitt hatte in seiner 1928 in erster Auflage publizierten « Verfassungslehre » den Rechtsstaat als Staat der « bürgerlichen Freiheit » dargestellt. Er ist für Schmitt durch ein « Verteilungsprinzip » gekennzeichnet, nach dem die Freiheitssphäre der Einzelnen als vorstaatlich vorausgesetzt und prinzipiell unbegrenzt ist, während die Eingriffsbefugnis des Staates rechtfertigungsbedürftig und insofern prinzipiell begrenzt ist. Dieses Verteilungsprinzip wird durch bestimmte verfassungsrechtliche Strukturprinzipien abgesichert: die Grundrechte, die Gewaltenteilung, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung i.S. der Kalkulierbarkeit staatli-

(288) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 128 ss.

(289) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 129.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cher Eingriffe in Freiheit und Eigentum sowie die Unabhängigkeit der Richter stellen die rechtsstaatliche Ordnung dar, in der sich personale Freiheit entfalten können soll (290). Da für Schmitt die ökonomischen und ideellen Grundlagen des bürgerlichen Rechtsstaats in der Massendemokratie entfallen sind (291), kommt er 1933 auf der vierten Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen zur Schlußfolgerung, es müsse Klarheit darüber herrschen, daß jeder Versuch, den NS-Staat mit Kategorien des « Weimarer Systems oder seiner Verfassung » rechtfertigen zu wollen, « entweder juristisch sinnlos oder aber politisch ein Ausdruck des Bestrebens » sei, « das heute geltende öffentliche Recht in die Gedankengänge des früheren Rechts zurückzuführen und dadurch entweder zu paralysieren oder doch wenigstens zu relativieren ».Er wertet « Vorstellungen und Schablonen von Humanität, Rechtsstaat usw. » als überholt in einem Staat, in dem es um Konkretheit sowie reale Präsenz gehe und in dem der Wille des Führers Recht sei: « Dem Willen eines Führers zu folgen ist ... ebenfalls ein nomos.Auch diese Art Recht hat ihre Sphäre und darf nicht durch eine Alternative von Recht und Macht oder Recht und Politik verfälscht werden » (292). In dem in der Folge dieser Äußerungen ansetzenden Streit um den Begriff des Rechtsstaats (293) revidiert Schmitt seine Auffassung von der im Hinblick auf die « Konkretheit » des NS-Staates bestehenden Antiquiertheit des Rechtsstaatsbegriffes zunächst dahingehend, daß er von seiner Zeitgebundenheit spricht (294), um dann in Übereinstimmung mit

---

(290) SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* (Anm. 36), S. 125 ff; vgl. dazu die Rekonstruktion des Rechtssystems der bürgerlichen Konkurrenzgesellschaft bei NEUMANN, Franz Leopold, *Die Herrschaft des Gesetzes* (Anm. 122), S. 210 ff.

(291) Vgl. Anm. 54-56.

(292) SCHMITT, Carl, *Der Neubau des Staats-und Verwaltungsechts*, in: *Deutscher Juristentag 1933*, 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutsclier Juristen e. V., Berlin 1933, S. 242 ff.(243 u. 252).

(293) Vgl. nur: KOELLREUTTER, Otto, *Der nationalsozialistische Rechtsstaat,* in: *Die Verwaltungsakademie,* Beitrag 5 (1933); LANGE, Heinrich, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934; Frank, Hans, *Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers*, in: *Deutsches Recht* 4 (1934), S. 120 ff.

(294) SCHMITT, Carl, *Was bedeutet der Streit um den « Rechtstaat »?*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* , Bd. 95 (1935), S. 189 ff. (201).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den « Erklärungen hervorragender nationalsozialistischer Rechtswahrer » zur Feststellung zu kommen, für den NS-Staat könne « das problematische Wort Rechtsstaat » die Umprägung erhalten « *der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers* » (Hervorh. i. Orig.) (295). Dieser deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers wird von Koellreutter als nationalsozialistischer Rechtsstaat bezeichnet (296), während andere Autoren sich damit begnügen, die Unterschiedlichkeit des NS-Staates gegenüber dem liberalen Gesetzesstaat zu betonen.

Im Vergleich zu den Kriterien, die für Mortati den faschistischen Staat als Rechtsstaat erscheinen lassen, ergeben sich im Rechtsstaatsverständnis deutscher Staatsrechtler zunächst eine Vielzahl von Parallelitäten, die sich wegen der in der deutschen Literatur sich im wesentlichen wiederholenden Begründungstopoi paradigmatisch anhand einzelner Meinungsäußerungen nachweisen lassen.Die Anerkennung einer Personenidentität von Partei-und Regierungsspitze im Interesse einer zielgerichteten Durchsetzung der Staatszwecke findet sich bei Mortati (297) wie in der deutschen Staatsrechtslehre (298), wobei der Einheitspartei für den faschistischen wie für den nationalsozialistischen Staat ein weltanschauliches Primat zuerkannt wird (299). Mortati mißt der Einräumung von weiten Ermessensspielräumen und Generalklauseln im Hinblick auf die Verwirklichung politischer Zielsetzungen bei der Rechtsanwendung die gleiche maßgebliche Rolle zu wie deutsche Staatsrechtler (300); auf beiden Seiten wird hinsichtlich der richterlichen Ge-

---

(295) SCHMITT, Carl, *Der Rechtsstaat*, in: *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2. Aufl., München 1935, S. 24 ff. (32).

(296) KOELLREUTTER, Otto, *Der nationalsozialistische Rechtsstaat* (Anm. 293); DERS., *Deutsches Verfassungsrechnt* (Anm. 37), S. 11 ff.

(297) Vgl. Anm. 272.

(298) Vgl. nur: KOTTGEN, Arnold, *Vom Deutschen Staatsleben* (vom 1. Januar 1934 bis zum 30. Septemer 1937), in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 24 (1937), Tübingen 1938, S. 1 ff. (63 ff.); HUBER, Ernst Rudolf, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* (Anm. 189), S. 194 ff.

(299) Vgl. hinsichtlich Mortatis Einordnung der Funktion der faschistischen Partei Anm. 271 u. 272; vgl. dazu in der deutschen Staatsrechtslehre KOTTGEN, Arnold, *Vom Deutschen Staatsleben* (Anm. 298), S. 49 ff.; HUBER, Ernst Rudolf, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* (Anm. 189), S. 287 ff.

(300) Vgl. zu Mortatis Rechtsauffassung Anm. 283; vgl. zum deutschen Rechtsstaatsverständnis: KOELLREUTTER, Otto, *Deutsches Verfassungsrecht* (Anm. 37), S. 171 ff.;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

setzesanwendung auf Richterpersönlichkeiten vertraut, die von der führenden politischen Ideologie durchdrungen sind und ihr im Wege der Rechtsprechung zur Durchsetzung verhelfen (301). Auch die Rechtsstellung der Individuen im Staat wird von deutschen Staatsrechtlern ähnlich umrissen wie von Mortati: eine autonome Rechtssphäre wird in den Grenzen anerkannt, die das Kollektivinteresse als zulässig erscheinen läßt (302).

Keine Parallelität besteht jedoch zwischen Mortati und deutschen Staatsrechtlern hinsichtlich des Verständnisses des Bezugpunktes von Recht, der den Rechtsstaatscharakter des faschistischen rsp.des nationalsozialistischen Staates verbürgen soll, wenngleich beide Seiten von einem ideologisierten Rechtsbegriff ausgehen.Für Mortati ist alle staatliche Gewalt nicht nur den positivrechtlichen Normen, sondern auch der in seinem Sinn materiellen Verfassung, nämlich der von der maßgeblichen politischen Partei als Staatsorgan geformten gesellschaftlichen Ordnung von zureichender Stabilität im jeweiligen historischen Moment verpflichtet (303). Er sieht den Antagonismus moderner Gesellschaften, hält die ihr zugehörigen Individuen aber für unfähig, Recht in freier Selbstbestimmung zu erzeugen. Er geht von einem ideologisch funktionalisierten Rechtsbegriff aus, weil sein Inhalt — die materielle Verfassung — von der politisch maßgeblichen Partei als Staatsorgan bestimmt wird und er gibt ihn darüberhinaus einer weiteren Funktionalisierung preis, weil er eine formellrechtliche Absicherung der Rechtsanwendung nicht vorsieht. Die nationalsozialistischen Rechtsstaatstheorien unterscheiden sich von Mortatis

---

DERS., Deutsches Verwaltungerecht (Anm. 37), S. 18/19; SCHMITT, Carl, *Staat, Bewegung, Volk* (Anm. 177), S. 32 ff.; *DERS., Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Anm. 106), S. 58 ff.

(301) Vgl. zu Mortatis Auffassung: Anm. 284; vgl. zur deutschen Rechtsauffassung: SCHMITT, Carl, *Staat, Bewegung, Volk* (Anm. 177), S. 44 ff.; KOELLREUTTER, Otto, *Deutsches Verfassungsrecht* (Anm. 37), S. 174; HUBER, Ernst Rudolf, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* (Anm. 189), S. 277 ff.

(302) Vgl. zu Mortatis Rechtsauffassung: Anm. 261; vgl. zur Auffassung deutscher Staatsrechtler: KOELLREUTTER, Otto, *Deutsches Verfassungsrecht* (Anm. 37), S. 83 ff.; HUBER, Ernst Rudolf, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* (Anm. 189), S. 359 ff.

(303) Vgl. Anm. 231-235.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rechtsstaatsbegriff insofern, als in ihnen die von Mortati durchaus wahrgenommene antagonistische Struktur des Volkes im Staat des 20.Jahrhunderts gänzlich negiert wird. Wenn Köttgen 1937 in seinem Bericht « Vom Deutschen Staatsleben » formuliert: « Alles Gesetzliche wurzelt im Rechtlichen » und die Gesetzgebung als « eminent völkische Funktion » kennzeichnet , « die nur aus dem lebendigen Erleben der völkischen Ordnung und ihren mannigfachen Bereiche fruchtbar vollzogen werden kann » (304), so greift er jenen Begriff eines die Legalordnung überhöhenden völkischen, existentiellen Rechts auf, wie er nach der nationalsozialistischen Machtergreifung von deutschen Staatsrechtslehrern entwickelt wurde (305). Rechtliche Regelungen sind im deutschen « Führerstaat » nicht mehr Schranke der Staatsgewalt, sondern « Mittel der Führung » (306). Im « völkischen Führerstaat » ist « die Führung als solche... die bewegende und wesensbestimmende politische Funktion », die Gesetzgebung ist keine selbständige Gewalt, sondern « nur ein Teil der politischen Führung »: « Die Führung, diese zentrale Erscheinung des neuen Reiches, kann sich der Gesetzgebung bedienen, sie ist aber nicht notwendig an diese Handlungsform gebunden » (307). Der Führerwille ist im nationalsozialistischen System jene Rechtsquelle mit absoluter Suprematie, die Mortati 1941 in seinem Beitrag « Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto » als kennzeichnend für den NS-Staat beschreibt und hinsichtlich derer er bemerkt, das italienische Rechtssystem weiche insoweit wesent-

---

(304) KOTTGEN, Arnold, *Vom Deutschen Staatsleben* (Anm. 298), S. 144.

(305) Vgl. dazu Anm. 177-207.

(306) KOTTGEN, Arnold, *Vom Deutschen Staatsleben* (Anm. 298), S. 144.

(307) HUBER, ERNST Rudolf, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* (Anm. 89), S. 236/237; paradigmatisch für das nationalsozialistische Rechtsstaatsverständnis auch der Passus bei MAUNZ, Theodor, *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts* (Anm. 60), S. 17: « Die Führung ist frei von ' Normen ', aber weder frei von Recht noch frei von Verantwortlichkeit. Sie setzt die Gesetze, aber nicht das Recht. Sie formt vielmehr die Gesetze aus dem Recht und bringt die Gesetze in Übereinstimmung mit dem Recht. Diese Führung ist weder ein normatives Ordnungssystem noch aber eine volksentwurzelte Herrschaft;sie ist eine Führung, die nicht im Volk ein Objekt der Betätigung erblickt, sondern die im Volk lebt, mit dem Volk fühlt und für das Volk kämpft » (letztere Formulierung ist von Maunz in Anm. 15 als Zitat « aus der Proklamation des Führers zum Nürnberger Parteitag 1933 » ausgewiesen).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lich von der nationalsozialistischen Auffassung ab, wenngleich sich nicht jegliche Relevanz der den faschistischen Staat bestimmenden politischen Leitlinien bei der Interpretation auch bereits bestehender Gesetze leugnen lasse (308). Damit bezieht sich Mortati implizit auf sein eigenes Rechtsstaatsverständnis, das von einem Begriff von Recht geprägt ist, dessen Inhalt nicht durch den Rückgriff auf existentielle, völkische Substanzen, sondern durch ein Staatsorgan, die politische Partei, bestimmt wird und er bestätigt die Funktionalisierung von Recht durch die in einem Staat politisch leitende Ideologie in dem von ihm vertretenen entformalisierten Rechtsstaatskonzept.

III) Mortatis « Verfassung im materiellen Sinn » im Kontext verfassungsrechtlicher Entwicklung

1) Bei einer Gesamtbetrachtung der bisher dargestellten Parallelitäten und Unterschiedlichkeiten zwischen Mortatis in der faschistischen Zeit entwickelten Verfassungstheorie und den verfassungsrechtlichen Konzepten, die in etwa dem gleichen Zeitraum von deutschen Staatsrechtlern vertreten wurden, ist zunächst nochmals auf die in ihren normativen Bezugspunkten liegenden Asymmetrien zu verweisen, die sich aus den voneinander abweichenden verfassungsrechtlichen Entwicklungen in Italien einerseits und in Deutschland andererseits ergeben (309). Zu berücksichtigen ist vor allem, daß sich in Italien ein unmittelbarer Übergang vom liberalen zum faschistischen System ereignete, während in Deutschland die konstitutionelle Monarchie durch die demokratische Weimarer Republik abgelöst wurde, die 1933 in die nationalsozialistische Diktatur einmündete. Als Mortati 1931 mit seiner wissenschaftlichen Publikationstätigkeit begann (310), tat er dies unter den normativen Vorgaben des faschistischen Rechtssystems. In Deutschland bot sich ab 1919 die Weimarer Reichsverfassung als Grundlage

(308) Mortati, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 124, n. 2.

(309) Vgl. dazu oben I 2).

(310) Mortati, Costantino, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Anm. 8).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zur Entwicklung einer demokratischen Verfassungstheorie an. Diese Chance wurde fast ausschließlich von Staatsrechtlern wahrgenommen, die nach der nationalsozialistischen Machtergreifung aus politischen und sog. rassischen Gründen gezwungen wurden, Deutschland zu verlassen. Dies betrifft alle in diesem Beitrag erwähnten deutschen Staatsrechtler, die für die parlamentarische Demokratie eintraten, deren prinzipielle Funktionsfähigkejt sie auch für das interventionistische, von Mortati als « Stato moderno » bezeichnete Staatswesen bejahten. Hermann Heller, dessen Staatstheorie Mortati zwar nicht im Hinblick auf die sie beherrschende Komponente demokratischer Legalität, wohl aber hinsichtlich bestimmter materiellrechtlicher Aspekte rezipierte (311), starb am 5. November 1933 in Spanien, wohin er emigriert war (312). Kelsen, damals Hochschullehrer an der Universität Köln, wurde 1933 aus dem Staatsdienst entlassen und emigrierte über Zwischenstationen in Genf und Prag in die USA (313). Fraenkel mußte 1938 aus Deutschland in die USA fliehen (314). Franz Leopold Neumann emigrierte im Mai 1933 nach London und 1937 in die USA (315). Auch Kirchheimer mußte Deutschland verlassen:die Emigration führte ihn 1933 zunächst nach Paris und 1937 in die USA (316). Die

---

(311) Vgl. dazu Anm. 240-244.

(312) Vgl. zu Hellers Biographie: STAFF, Ilse, *Hermann Heller* (1891-1933), in: DIESTELKAMP, Bernhard, STOILLEIS, Michael (Hrsg.), *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, Baden-Baden 1989, S. 187 ff.

(313) METALL RUDOLF A., *Hans Kelsen, Leben und Werk* , Wien 1969; GUNTHER, Klaus, *Hans Kelsen 1881-1973), Das nüchterne Pathos der Demokratie*, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), Streitbare Juristen, Baden-Baden 1988, S. 367 ff.

(314) Vgl. dazu die autographischen Angaben in: FRAENKEL, Ernst, *Anstatt einer Vorrede*, in: *DERS., Reformismus und Pluralismus* , Hamburg 1973, S. 11 ff.; vgl. ferner: VON BRUNNECK, Alexander, *Ernst Fraenkel (1898-1975). Soziale Gerechtigkeit und pluralistische Demokratie*, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), Streitbare Juristen (Anm. 313), S. 415 ff.

(315) Vgl. dazu: SCHAFER, GERT, *Franz L. Neumann — biographische Skizze*, in: Joachim PERELS (Hrsg.), *Recht, Demokratie und Kapitalismus. Aktualität und Probleme der Theorie Franz. L. Neumanns*, Baden-Baden 1984, S. 211 ff.; vgl. auch: PREUß, Ulrich K., *Franz L. Neumann (1900-1954); Demokratie als unvollendetes Projekt*, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), Streitbare Juristen (Anm. 313), S. 390 ff.

(316) Vgl. HERZ, John H., *Otto Kirchheimer, Leben und Werk*, in: Wolfgang LUTHARDT, Alfons SOLLNER (Hrsg.) *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus. Otto*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

von diesen aus dem nationalsozialistischen Deutschland vertriebenen Wissenschaftlern entwickelten demokratischen Verfassungstheorien können Mortatis Verfassungsverständnis insofern gegenübergestellt werden, als er nach Lösungsansätzen für die Bewältigung der Probleme des durch eine Massengesellschaft gekennzeichneten « Stato moderno » suchte, die in ihnen präsentiert wurden;andererseits muß bei einer Bewertung von Mortatis in der faschistischen Zeit entstandenen Arbeiten berücksichtigt werden, daß er sie nicht aus der Perspektive eines Außenbetrachters, sondern als ein dem Partito Nazionale Fascista zugehöriger Wissenschaftler (317) im faschistischen Italien verfaßt hat und daß das verfassungsrechtliche System, von dem er auszugehen und das er zu analysieren hatte, zu dem er allerdings auch in eine kritische und gleichzeitig progressive Distanz treten konnte, ein autokratisches war.

2) Wenn in der italienischen wissenschaftlichen Literatur unterstrichen wird, Mortati habe im Rahmen des faschistischen Rechtssystems eine postliberale Verfassungstheorie entwickelt, die die Verkrustungen des im Konstitutionalismus vertretenen statischen Verfassungskonzepts aufgebrochen und dem Volk als sozialem Substrat eines Staates eine neue, dynamische Rolle zugewiesen habe (318), so bezieht sich dies auf Mortatis Kennzeichnung der Regierung als vierter, politisch richtungsweisender Staatsfunk-

---

Kirchheimer zum Gedächtnis , Opladen 1989, S. 11 ff.; vgl. ferner: PERELS, Joachim, *Otto Kirchheimer (1905-1965). Demokratischer Marxist und Verfassungstheoretiker* , in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), Streitbare Juristen (Anm. 313), S. 401 ff.

(317) Vgl. die Angaben bei LANCHESTER, FULCO, *Costantino Mortati e la « dottrina » degli anni trenta* (Anm. 2), p. 91.

(318) GROSSI, Paolo, *Pagina Introduttiva* (Anm. 4), pp. 3/4; FIORAVANTI, Maurizio, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana* (Anm. 5), p. 111 ss., p. 163; ID., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato* (Anm. 5), p. 51 ss.; COSTA, Pietro, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento* (Anm. 7), p. 314, p. 311; p. 300 ss.; CORASANITI, Aldo, *Il contributo di Costantino Mortati alla scienza del diritto costituzionale e alla costituzione* , in: *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, a cura di Fulco Lanchester (Anm. 2), p. 35 ss. (36 ss.); LANCHESTER, Fulco, *Costantino Mortati e la « dottrina » degli anni trenta* (Anm. 2), p. 95 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion (319) sowie auf die Entwicklung einer materiellen Verfassungstheorie, die gleichzeitig materielle Rechtsstaatstheorie ist. Beide verfassungsrechtlichen Ansätze Mortatis sind aufeinander bezogen, weil die Regierung für Mortati im jeweiligen historischen Moment das soziale Substrat eines Volkes in richtungsgebenden politischen Zielsetzungen und Entscheidungen zu reaktivieren und damit die materielle Verfassung zu realisieren hat (320). Mortati selbst setzt sein materielles Verfassungskonzept mit Entschiedenheit ab von dem des italienischen und des deutschen Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts (321) wie auch von dem des Gesetzespositivismus des 20. Jahrhunderts (322); beiden wirft er eine zu formale, die spezifischen gesellschaftlichen Voraussetzungen nicht berücksichtigende Einordnung von Recht vor. Die geisteswissenschaftlich, völkisch und existentiell orientierten Staatstheorien, die in der Weimarer Zeit und im Nationalsozialismus vertreten wurden, werden von ihm kritisiert, weil sie — unter Verwendung jeweils unterschiedlicher Begründungstopoi — das soziale Substrat eines Staates als undifferenzierte Einheit begreifen (323). Die Institutionenlehre Santi Romanos vermag für Mortati keine Klärung hinsichtlich der Frage des Verhältnisses von sozialer Interaktion und rechtlicher Systembildung herbeizuführen (324). Die französischen Institutionalisten (Hauriou, Renard, Duguit) vernachlässigen für ihn nicht nur die Problematik der Herausbildung des von ihnen angenommenen kollektiven Bewußtseins, sondern scheitern seiner Auffassung nach auch hinsichtlich der Bestimmung der Elemente, die einer Institution einen rechtlichen Charakter zu verleihen vermögen (325).

Der Versuch, Mortatis materiellen Verfassungsbegriff zu ana-

---

(319) Fioravanti analysiert Mortatis insoweit vertretenes Verfassungskonzept und formuliert: « ... anche la politica e divenuta funzione dello Stato »; vgl. FIORAVANTI, Maurizio, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la giuspubblicistica italiana* (Anm. 5), p. 136.

(320) Vgl. Anm. 275.

(321) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 28 ss.

(322) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 31 ss.

(323) Vgl. Anm. 213-226.

(324) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 58 ss.

(325) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 62 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lysieren und ihn im Kontext verfassungsrechtlicher Entwicklung einzuordnen, soll von Mortatis wiederholter Feststellung ausgehen, die Gesellschaft des « Stato moderno » sei antagonistisch und durch die unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse der ihr zugehörigen Individuen geprägt.

a) Der gesellschaftliche Ordnungszusammenhang, den Mortati als materielle Verfassung begreift und dem er rechtlichen Charakter zumißt, wird für ihn nicht durch eine Rechtsidee vermittelt. Dies folgt zum einen aus der Aussage Mortatis, die Frage nach der Legitimation einer Rechtsordnung sei eine außerrechtliche und habe mit derjenigen nach dem Zustandekommen und der Struktur der materiellen Verfassung nichts zu tun (326). Es ergibt sich aber vor allem aus Mortatis strikter Ablehnung der Volkssouveränität (327), deren theoretische Begründungen er nicht einmal streift (328). Daß Recht Produkt des sich vereinigenden Willens vernunftbegabter Individuen sein und seine Letztbegründung im demokratischen Verfahren finden könnte (329), wird in Mortatis staatsrechtlichen Schriften nirgends reflektiert (330).

b) Die vielfachen Unterstreichungen Mortatis, der rechtliche Charakter der Verfassung im materiellen Sinn sei darin begründet, daß innerhalb einer Gesellschaft ein bewußter, zielgerichteter Wille

---

(326) Vgl. Anm. 255.

(327) Vgl. dazu Anm. 49; vgl. auch MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 152/153.

(328) Die knappe Erwähnung von Rousseau in einer Anmerkung dient lediglich zur Begründung der Auffassung, die Vergesellschaftung von Menschen erfolge zur Erreichung eines bestimmten Zwecks, vgl. MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 214, n. 147; im übrigen geht Mortati in seinen Schriften aus der faschistischen Zeit im Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip nur auf Sekundärprobleme ein.

(329) KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Main 1974 ff., Bd. VIII (1977), S. 431 f.; vgl. insbes. S. 432: « Nun ist es, wenn jemand etwas gegen einen anderen verfügt, immer möglich, daß er ihm dadurch unrecht tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt... Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzgebend sein ».

(330) Vgl. dagegen die theoretische Einbindung des Gesetzesbegriffs in das Vernunftprinzip einer volonté générale in der Weimarer Staatslehre bei Franz Leopold Neumann (oben Anm. 140) und Hermann Heller (oben Anm. 141).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bestehe, der auf die Realisierung eines konkreten Zweckes abstelle (331), könnten dahingehend interpretiert werden, Mortati wolle die Normativität eines gesellschaftlichen Ordnungszusammenhanges in einer zureichend internalisierten gemeinsamen Interessenlage und einer entsprechend relativ sicheren Verhaltenserwartung sehen. Dies verweist auf Max Weber. Weber stellt aus *soziologischer* Sicht fest, wenn « man unter der ' Ordnung ' eines Verbandes alle tatsächlich feststellbaren *Regelmäßigkeiten* des Sichverhaltens » verstehe, die « für den faktischen Verlauf des ihn konstituierenden oder von ihm beeinflußten Gemeinschaftsverhaltens charakteristisch oder als Bedingung wesentlich » seien, so sei diese « Ordnung » nur zum verschwindenden Teil die Folge der Orientierung an « Rechtsregeln »; überwiegend seien es « Maximen subjektiv *zweckrationalen* Handelns im eigenen Interesse jedes der daran Beteiligten, auf dessen Wirksamkeit sie oder die anderen » zählten und « oft auch ohne weiteres, sehr häufig aber überdies noch kraft spezieller, aber nicht rechtszwanggeschützter Vergesellschaftungen oder Einverständnisse objektiv zählen » könnten (Hervorh. i. Orig.) (332). Für Weber erweist sich die Differenz zwischen einer nur durch soziale Mechanismen (Sitte, Konvention) gekennzeichneten Ordnung und einer Rechtsordnung anhand der Folgen vorgenommener Handlungen:nur, wenn ein politischer Verband ihre Rechtsförmigkeit durch Rechtsgarantien und insbesondere durch die Möglichkeit des Mittels der Zwangsanwendung absichert, kommt ihm Rechtscharakter zu (333).

Auf eine zweckbestimmte Regelhaftigkeit des Verhaltens der Mitglieder einer Gesellschaft gründet auch Mortati seine Einordnung der materiellen Verfassung als Rechtsordnung (« In via generale, può dirsi solo che un gruppo sociale diviene entità giuridica quando si attui in esso un'unità nei comportamenti dei singoli

(331) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 76/77, p. 127, n. 92, n. 93. pp. 174/175: « II fondamento, del quale si va in cerca, non può essere dato se non dal fine politico, il quale, precedendo e condizionando le singole manifestazioni di volontà dello Stato, è capace di conferire ad esse quell'unità non solo formale, della quale si è affermata la necessità... ».

(332) WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, S. 377.

(333) WEBER, Max, *Wissenschaft und Gesellschaft* (Anm. 332), S. 17/18, S. 379.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partecipanti pel consapevole raggiungimento di un fine, posto come necessario al gruppo stesso. Diritto, come principio regolativo di rapporti sociali, e tanto il costituirsi del gruppo intorno al fine, quanto il complesso delle attività successive dirette a realizzarlo ») (334) und auch er setzt im Hinblick auf sie das Vorhandensein einer Instanz mit Zwangsgewalt (« istanza coattiva ») voraus (335). Die Divergenz zwischen Mortati und Weber besteht jedoch darin, daß für letzteren in einem für ersteren unbekannten Sinn das Mittel der Zwangsgewalt Rechtsgarantie für die rechtsförmige Ausübung politischer Herrschaft ist (336). Rechtsförmige Ausübung politischer Herrschaft ist für Weber begrifflich gekoppelt an den legalen Herrschaftstyp und er allein kann aus der Herrschaftstypologie Webers zu einem Vergleich zwischen Webers und Mortatis Rechtsverständnis herangezogen werden (337). Rationale legale Herrschaft ist für Weber gekennzeichnet durch regelhaftes, positiv gesetztes Recht und eine kompetenzmäßig durchstrukturierte Staatsorganisation als Stabilisierungsinstrumentarium im Hinblick auf normativ nicht ohne weiteres ausgleichbare Interessen (338), weist mithin gerade die Merkmale auf, die Mortati als für die Formulierung des Rechtsbegriffs als zu eng ansieht und die er durch ein entformalisiertes Recht ersetzt (339). Parallelitäten zwischen Mortati und Weber, die sich bei einem Vergleich von Mortatis Einordnung von Recht und Webers Rechtssoziologie andeuten, laufen insofern bereits angesichts der spezifischen Ausprägungen von Webers Herrschaftssoziologie ins Leere, ganz abgesehen davon, daß Mortati den von ihm angenommenen Rechtsbegriff der soziologischen Ebene entzogen sehen will (340).

c) Mortatis Begriff einer materiellen Verfassung läßt sich aber

---

(334) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 65, n. 1.

(335) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 77.

(336) WEBER, Max, Wirtschaft und Gesellschaft (Anm. 332), S. 17/18, S. 379.

(337) Dies folgt bereits aus Mortatis Feststellung, das faschistische Rechtssystem stelle eine Weiterführung desjenigen des bürgerlichen Rechtsstaates dar, vgl. Anm. 256, 257, 260.

(338) WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Anm. 332), S. 125 ff.

(339) Vgl. Anm. 266-269.

(340) Vgl. Anm. 281.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dennoch vor dem Hintergrund von Max Webers Einbau eines zweckrationalen Moments in das System sozialer Ordnungen deutlicher erfassen.Für Mortati ist es ein bestimmter politischer Zweck, der das Charakteristikum der Verfassung im materiellen Sinn im jeweils historischen Moment ausmacht und Quelle allen staatlichen Rechts ist (341). Im Gegensatz zu Weber sind jedoch für ihn die einzelnen Individuen zur Herausbildung von « Maximen subjektiv zweckrationalen Handelns » (342) selbst nicht fähig.Mortati nimmt den Antagonismus moderner Gesellschaften, die unterschiedlichen sozialen Interessen und Bedürfnisse der ihr zugehörigen Individuen deutlich wahr, sieht in ihnen aber nichts weiter als das undifferenzierte Material (« la realtà sociale offre la materia... »), das der Formung und Ausrichtung auf konkrete politische Zwecke bedarf (343). Im « Stato moderno » ist es die politische (Einheits).Partei, die als maßgebliche, von der führenden politischen Idee durchdrungene Kraft die politischen Zwecke bestimmt und die Verfassung im materiellen Sinn zur Entstehung bringt (« È, pertanto, nello Stato moderno il partito il soggetto da cui emana la costituzione fondamentale e che si pone come uno degli elementi, quello strumentale, neccessarii il suo contenuto, la sua materia tipica. L'altro elemento, il materiale, è dato, come si è detto, dall'idea, cioè da uno scopo, comprensivo tanto da consentire di apprezzare il modo unitario i vari interessi che si raccolgono intorno allo Stato... ») (344). Die Individuen vermögen für Mortati ihre Interessen in ihrer Komplexität weder wahrzunehmen noch selbständig zu artikulieren.Die politische Partei wirkt nicht bei der politischen Willensbildung der Bürger mit, sondern sie ist es, die im Hinblick auf sie die politischen Zielsetzungen antizipierend festlegt und die innerhalb einer Gesellschaft erst ein politisches Bewußtsein

(341) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 127.
(342) Vgl. Anm. 332.
(343) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 70, n. 7, p. 214.
(344) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 87/88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hervorbringt (345). Mortati weist der Partei Zwangsgewalt zu, um die Verknüpfungen von individueller Interessenlage und staatlicherseits als notwendig angesehenen politischen Zweckverfolgungen zu garantieren (346).

Der eigentliche Gehalt von Mortatis materiellem Verfassungsbegriff kristalliert sich allerdings erst durch seine Einordnung der politischen Partei als juristisches Organ heraus.Weil es für ihn die politische Partei ist, die ihre Ideologie in die staatliche Organisation einbringt und ihren Funktionsmodus bestimmt (« Se il partito informa di sè la struttura dello Stato, se suo compito è di immettere la sua ideologia nell'organizzazione e nel funzionamento di esso..... ») und ihr insoweit die volle Verantwortung zukommt, sieht Mortati ihren juristischen Charakter und ihre Rechtsstellung als Staatsorgan als gegeben an (347). Dies gilt für ihn unter der Prämisse des Vorhandenseins eines pluralistischen Parteienspektrums auch für die obsiegende Mehrheitspartei, weil sie es ist, die durch ihre politischen Zielsetzungen die gesamte Staatswillensbildung durchdringt (348). Mortati synchronisiert insofern den politischen und den staatlichen Willensbildungsprozeß. Der Kreislauf, der sich für ihn im Bereich politischer und staatlicher Willensbildung vollzieht, nimmt seinen Ausgang nicht bei den dem Staat zugehörigen Individuen, die von Mortati als nur faktisch vorhandene Elemente (« elemento materiale ») gewertet werden (349), sondern verläuft staatsimmanent. Ein staatliches Organ, die politisch maßgebliche Partei, ist für Mortati autonome Rechtsquelle (350). Dieses Staats-

---

(345) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 76/77.

(346) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 77.

(347) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 161/162, pp. 174/175, pp. 232/233.

(348) MORTATI, Costantino, *Sulla posizione del partito nello Stato* (Anm. 229), p. 288 ss.

(349) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 214.

(350) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), pp. 146/147: « Deve pertanto ritenersi che le forze politiche agiscono non solo attraverso gli organi appartenenti all'ordinamento in senso stretto dello Stato, ma direttamente, e anche all'infuori di ogni particolare disciplina formale, come fonte autonoma di validità dell'ordinamento giuridico ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

organ ist als aktiv gestaltendes Element selbst Teil der materiellen Verfassung, die insgesamt in den durch dieses jeweils bewirkten Ordnungszusammenhängen besteht, die ihren rechtlichen Charakter durch das staatlicherseits verfolgte Finalprogramm erhalten (351). Mortatis « Verfassung im materiellen Sinn » stellt sich insofern als ausschließlich staatlich vermittelter Ordnungszusammenhang dar, in dem ein entformalisiertes Recht eine Garantiefunktion für die Einhaltung und Durchsetzung von Individualrechten nicht zu übernehmen vermag.

Dieses Ergebnis einer Analyse von Mortatis Begriff einer materiellen Verfassung läßt sich noch einmal anhand der Schritte nachvollziehen, mit denen Mortati sein materielles Verfassungskonzept entwickelt. Er ist sich bewußt, daß die Voraussetzungen eines als prinzipiell funktionsfähig vorgestellten freien Marktes und des darauf bezogenen (scheinbar) neutralen Rechtssystems endgültig entfallen sind (352). Er sieht, daß in einer antagonistischen Gesellschaft, in der sich soziale Interessen und Bedürfnisse spätestens seit Einführung des allgemeinen Wahlrechts nicht mehr durch ein auf die bürgerliche Konkurrenzgesellschaft abgestimmtes Rechtssystem abdrängen lassen, ein zweckorientierter staatlicher Interventionismus notwendig wird (353). Er verweigert rechtsförmige Vernetzungen zwischen den Individuen und den die jeweiligen Finalprogramme verfolgenden staatlichen Organe und ersetzt sie durch « Prinzipien », deren Wertgehalt sich aus als notwendig erkannten Zweckverfolgungen ergibt (354). Er rechtfertigt die zur Zweckverfolgung staatlicherseits getroffenen Dezisionen mit der politischen Chance einer Befriedigung individueller Bedürfnisse ohne ihre formale Absicherung als Rechtsgarantie (355).

Dieses von Mortati entwickelte Konzept einer materiellen Verfassung erklärt, weshalb er im faschistischen Staat die Elemente des

---

(351) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 87, p. 127, p. 227 ss.

(352) Vgl. Anm. 48 u. 49.

(353) Vgl. Anm. 88-92.

(354) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 96, p. 180/181.

(355) Vgl. Anm. 274, 280-282.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liberalen bürgerlichen Rechtsstaats als gewahrt und in spezifischer Weise weiterentwickelt sieht (356). Die Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats ist die der liberalen Konkurrenzgesellschaft, gegründet auf die Rechtsinstitute des Privateigentums, der Vertragsfreiheit und des Erbrechts. Sie geht aus von dem prinzipiell naturwüchsigen Funktionieren privater Selbststeuerunng, die ein interventionistisches staatliches Eingreifen nur erforderlich macht, um Störungen des Funktionsablaufs zu beheben. Die *ökonomischen* Grundlagen des bürgerlichen Rechtsstaatsmodells entfielen mit dem Wandel eines auf der freien Konkurrenz selbständiger Einzelunternehmer aufgebauten Kapitalismus zum Monopolkapitalismus, der, wie Sombart es zutreffend formuliert hat, gekennzeichnet ist durch *« die Grenzenlosigkeit der Kapitalvereinigung und die wachsende Unpersönlichkeit der Kapitalverhältnisse selbst »* (Hervorh. i. Orig.) (357). Die *politischen* Voraussetzungen des bürgerlichen Rechtsstaates waren mit der Einführung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts sowohl in Italien wie in Deutschland nicht mehr gegeben.Ein erhöhter Staatsinterventionismus wurde aus ökonomischen Gründen zur Erhaltung des kapitalistischen Wirtschaftssystems, aus politischen Gründen zur Erhaltung des durch das allgemeine Wahlrecht vorgegebenen Funktionsmodus des politischen Willensbildungsprozesses sowie des sozialen Friedens notwendig.

Dies sieht Mortati und darauf stützt er sein Postulat nach einer Konzentration staatlicher Gewalt in staatsleitenden Maßnahmen, wobei die Zweckbestimmung der Maßnahmen durch die politische Partei als Staatsorgan erfolgt, die eine entsprechend zweckorientierte Formung der dem Staat zugehörigen Individuen zum Ordnungszusammenhang der materiellen Verfassung vorzunehmen hat (358). Damit nimmt er die dem ökonomischen Liberalismus zugrundeliegenden Bausteine einer auf das Privateigentum gegründeten Privatautonomie und eines zur Erhaltung ihres Funktionsmodus staatlichen Interventionismus auf, ordnet sie aber entspre-

(356) Vgl. Anm. 256 u. 257.

(357) SOMBART, Werner, *Die deutsche Volkswirtschaft im neunzehnten Jahrhundert und im Antang des 20 Jahrhunderts* (1912), 5. Aufl., Berlin 1921, S. 320.

(358) Vgl. Anm. 88-92, Anm. 344.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chend der veränderten ökonomischen und politischen Rahmenbedingungen anders. Während im liberalen bürgerlichen Rechtsstaat die Freiheitssphäre des Einzelnen als prinzipiell unbegrenzt vorausgesetzt wird und die Eingriffsbefugnis des Staates prinzipiell begrenzt, also rechtfertigungsbedürftig ist, billigt Mortati dem Staat prinzipiell unbegrenzte Eingriffsbefugnisse zu und begrenzt entsprechend die Individualsphäre (359). Sein Konzept entspricht dem liberalen Modell im Orientierungspunkt, der Erhaltung des privatkapitalistischen Wirtschaftssystems, das er den Bedürfnissen einer Massengesellschaft angepaßt sehen will. Daß dies so ist, ergibt sich aus den vielfachen Bezugnahmen Mortatis auf den faschistischen Korporativstaat (360), für den gem.Art.VII der Carta del lavoro der Privatinitiative für den Produktionssektor die wesentliche Funktion zur Verwirklichung der nationalen Interessen zugeschrieben und dem Staat gem. Art. IX der Carta ein Interventionsrecht zugebilligt wurde, wenn die Privatinitiative nicht als zureichend erachtet wurde oder politische Interessen ein Eingreifen notwendig erscheinen ließen.Mortati qualifiziert die die Carta del lavoro leitenden Prinzipien ausdrücklich als « l'imperativo della solidarietà nazionale » (361), mißt ihnen also bindende Wirkung zu. Daß Mortati den von diesen spezifischen Prinzipien geleiteten faschistischen Staat als Rechtsstaat begreift, in dem die Elemente bürgerlicher Rechtsstaatlichkeit noch enthalten, wenn auch den Erfordernissen des « Stato moderno » entsprechend weiterentwickelt worden sind (362), ist nicht Ausdruck eines originär von ihm herausgebildeten theoretischen Konstrukts, sondern Reproduktion einer bestimmten gedanklichen Richtung der während des Faschismus geführten Diskussion um den Korporativstaat, der mit höchst unterschiedlichen Akzentsetzungen als Realisation, Überhöhung oder Ausdifferenzierung der leitenden Prinzipien des ökonomi-

(359) Vgl. Anm. 89-92, 261, 288.

(360) Vgl. nur Anm. 89-92, 261; vgl. auch: MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 257), p. 106 ss.

(361) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto Anm.* 257), p. 128.

(362) Vgl. Anm. 256 u. 257.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schen Liberalismus eingeordnet wurde (363). Dies läßt sich paradigmatisch anhand der Auffassungen belegen, die einer der maßgeblichen Staatsphilosophen während des Faschismus, Giovanni Gentile (364), 1923 in seinem Beitrag « Il mio liberalismo » (365) und vor allem in seiner 1927 publizierten Arbeit « Origini e dottrina del fascismo (366) vertreten hat. In letzterem Werk findet sich bereits der Mortatis Arbeit « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano » (1931) bestimmende Leitgedanke der Notwendigkeit eines « indirizzo politico », einer aktiven, richtungweisenden Staatsfunktion (367). Vor allem aber bezieht sich Gentile deutlich auf die « konkrete Realität » jedes dem Staat zugehörigen Individuums (« realtà concreta dell'individuo ») und nimmt mit seiner Weigerung, die Individuen entsprechend der klassischen liberalen Auffassung nur als abstracta wahrzunehmen (« quell'astratto individuo politico che il vecchio liberalismo supponeva atomo indifferente... ») (368) Mortatis Sicht einer von unterschiedlichen sozialen Interessen gekennzeichneten Gesellschaft voraus. Gentile unterstreicht, der Faschismus wende sich nicht gegen den Liberalismus als im Interesse individueller Freiheit bestehendem Autoritätssystem; vielmehr werde er den real existierenden individuellen Interessen erst wahrhaft gerecht: als starker

---

(363) Einen guten Überblick über das während des Faschismus und in der postfaschistischen Zeit in Italien vorhandene Meinungsspektrum hinsichtlich der 'Interpretationen' des Faschismus ergibt sich aus der von Costanzo Casucci zusammengestellten Antologie « II fascismo. Antologia di scritti critici » und der von ihm dazu verfaßten ausführlichen Einleitung; vgl.: *Il fascismo. Antologia di scritti critici*, a cura di Costanzo Casucci, Il Mulino, Bologna 1982.

(364) Vgl. zur Rolle Giovanni Gentiles während des Faschismus: GARIN, Eugenio, *La filosofia italiana di fronte al fascismo*, in: *Tendenze della filosofia italiana nell'età del fascismo*, a cura di Ornella Pompeo Faracovi, Belforte Editore Libraio, Livorno 1985, p. 17 ss.; vgl. auch ID., *Cronache di filosofia italiana 1900-1943*), Laterza, Bari 1959, p. 405 ss.

(365) GENTILE, Giovanni, *Il mio liberalismo* (1923), in: ID., *Che cosa è il fascismo: discorsi e polemiche*, Vallecchi, Firenze 1925, pp. 119-122.

(366) GENTILE, Giovanni, *Origini e dottrina del fascismo* (1927), Libreria del Littorio, Roma 1929, zit. nach dem Textabdruck in: *Il fascismo. Antologia di scritti critici*, a cura di Costanzo Casucci (Anm. 263), pp. 250-278.

(367) GENTILE, Giovanni, *Origini e dottrina del fascismo* (Anm. 366), p. 267.

(368) GENTILE, Giovanni, *Origini e dottrina del fascismo* (Anm. 366) p. 275.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Staat vermöge das faschistische Staatswesen die individuellen und die allgemeinen Interessen zu versöhnen und dadurch dem liberalen Prinzip sehr viel mehr zu entsprechen als der Liberalismus des 19. Jahrhunderts (369). Vor diesem Hintergrund erscheint Mortatis Einordnung des « Stato moderno » als spezifische Ausprägung des liberalen bürgerlichen Rechtsstaats als konsequente Fortführung faschistischer Staatstheorie und von daher wird auch seine Kritik an deutscher Staatslehre begreiflich, in der er das Prinzip der « Versöhnung » individueller und allgemeiner Interessen vernachlässigt sieht (370).

3) Bei einem Vergleich der von Mortati in der faschistischen Zeit entwickelten Staatstheorie mit in etwa dem gleichen Zeitraum von deutschen Staatsrechtlern vertretenen Konzepten ergibt sich:

Keine Vergleichsebene läßt sich zwischen Mortatis Auffassung und derjenigen demokratischer deutscher Staatsrechtler finden. Dem steht Mortatis beharrliche Weigerung entgegen, das individuelle Selbstbestimmungsrecht und damit das Prinzip der Volkssouveränität anzuerkennen (371).

Hinsichtlich der während der Zeit des Nationalsozialismus herrschenden Staatstheorien mit ihrem positivrechtliche Normierungen überhöhendem geisteswissenschaftlich, völkisch — nationalen oder exstistentiellen Rechtsbegriff läßt sich durchaus Mortatis Kritik aufgreifen, daß sich aus einem undifferenzierten substantiellen, naturalistischen Begriff von Recht für alle verbindliche rechtliche Regelungen nicht gleichsam naturwüchsig ableiten lassen (372). Fraglich erscheint jedoch, ob Mortatis eigenes Konzept, das um den Begriff der « Verfassung im materiellen Sinn » zentriert ist, gegen den von ihm in der deutschen Staatsrechtslehre kritisierten Versuch gefeit ist, irrationale Gegebenheiten in normative umzudeuten.Daß Mortati in seinen während des Faschismus publizierten Schriften stets neu den gesellschaftlichen Antagonismus im « Stato moderno » betont, daß er die Regierung auf die sozialen Bedürfnisse und Interessen der Individuen verpflichtet sehen will, scheint seine

(369) GENTILE, Giovanni, *Origini e dottrina del fascismo* (Anm. 366), p. 276.
(370) Vgl. Anm. 226 u. 261.
(371) Vgl. Anm. 49 u. 151.
(372) Vgl. Anm. 215-219, 221-226

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Intention aufzuzeigen, die reale gesellschaftliche Ordnung in eine normative zu transformieren. Die Tatsache jedoch, daß er die dem Staat zugehörigen Individuen als nur faktisch vorhandene Elemente einordnet (373) und es für ihn die maßgebliche politische Partei als Staatsorgan ist, die mittels der sie bestimmenden Ideologie und im Hinblick auf die von ihr gesetzten Zwecke die Individuen zu einem Ordnungszusammenhang von Konstanz und Regelhaftigkeit formt (374), verdeutlicht in aller Schärfe die Ideologisierung seines Rechtskonzepts, in dem Staatswille und Recht umstandslos identisch gesetzt werden. Diese im Konstrukt seines materiellen Verfassungsbegriffs manifeste Ideologisierung verdoppelt sich durch die von Mortati angenommene Bindung aller Staatsgewalt an das Recht, das sich für ihn in der materiellen Verfassung darstellt. Entformalisiertes Recht soll ohne verfahrensmäßige Absicherung die Durchsetzung der von staatlichen Organen als richtig, weil zweckkonform anerkannten « Prinzipien » ermöglichen (375). Die insoweit von Mortati dem faschistischen Rechtssystem zugeschriebene intendierte Versöhnung individueller und allgemeiner Interessen (376) wird von ihm selbst als Ideologie entlarvt: er bestätigt die uneingeschränkte Dispositionsbefugnis staatlicher Organe über individuelle Rechtspositionen (377) und tritt — und dies noch im Jahre 1943 — für eine Erziehungsdiktatur ein, um die Suprematie des Staates vor « spontanen Aktivitäten und Zusammenschlüssen » der Individuen zu schützen (378).

Der Unterschied zwischen Mortatis Staatstheorie und derjenigen nationalsozialistischer Staatsrechtler reduziert sich insofern auf ein einziges Moment:nationalsozialistische Staatstheorie greift auf existentielle, rassisch-völkische Substanzen als « Urgrund » eines Rechts zurück, das für die Verfolgung staatlicher Zwecke disponi-

---

(373) Vgl. 343 u. 349.
(374) Vgl. Anm. 351.
(375) Vgl. Anm. 285.
(376) Vgl. Anm. 261.
(377) Vgl. Anm. 261.
(378) MORTATI, Costantino, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto* (Anm. 27), p. 130.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bel ist (379); für Mortati ist ein staatliches Organ, die politische Partei, autonome Rechtsquelle (380), die durch ihr im jeweiligen historischen Moment adäquat erscheinende Zwecksetzungen und durch die sie beherrschende Ideologie verbindliches Recht schafft (381). Beide Richtungen münden in das übereinstimmende Ergebnis ein, die Individuen staatlicher Verfügung total zu unterstellen.

4) Eine Gesamtbetrachtung der von Mortati während der Zeit des Faschismus entwickelten Staatstheorie im Kontext verfassungsrechtlicher Entwicklung läßt sie als postliberal ausschließlich im zeitlichen Sinn definieren. Inhaltlich gibt sie die Rechtspositionen preis, die der bürgerliche Rechtsstaat garantierte, und versucht, staatliche Effektivität zulasten individueller Freiheitsrechte durchzusetzen. Mortatis Kritik am Rechtspositivismus des 19. Jahrhunders richtet sich zurecht gegen die Verkrustungen einer am Staat als juristischer Person orientierten Staatstheorie (382), enhüllt aber ihren ideologischen Gehalt, wenn sie sich gegen Konzepte wendet, mit denen versucht wird, den Staat nicht nur als juristische Einheit, sondern auch in seiner sozialen Dimension zu erfassen. Dies läßt sich paradigmatisch an Mortatis Ablehnung von Georg Jellineks Betrachtungsweise des Staates zum einen als « gesellschaftliches Gebilde » und zum anderen als « rechtliche Institution » nachweisen. Mortati wirft Jellinek vor, das soziale Substrat eines Volkes nur in seiner Faktizität zu begreifen und dem Staat als juristischer Einheit unvermittelt gegenüberzustellen (383), geht aber selbst von den Individuen als von der maßgeblichen politischen Partei als Staatsorgan zu formendes « Material » (384) aus und will eine Versöhnung der individuellen und allgemeinen Interessen in staatlicherseits vorgegebenen Zwecksetzungen sehen, in denen « Prinzi-

(379) Vgl. Anm. 177-207.

(380) Vgl. Anm. 350.

(381) Vgl. Anm. 344.

(382) Vgl. Anm. 321.

(383) MORTATI, Costantino, *La costituzione in senso materiale* (Anm. 6), p. 40, p. 174 mit Bezug auf JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Berlin 1905 unter Angabe der falschen Seitenzahlen; die von Mortati in Bezug genommenen Passagen finden sich auf S. 11 ff., S. 166 ff.

(384) Vgl. Anm. 343 u. 349.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pien » als entformalisiertes Recht (385) jegliche Rechtsgarantie auflösen. Hier wird die mit Mortatis Staatslehre sich vollziehende Regression von individuellen Freiheitsrechten im Vergleich zur bürgerlichen Rechtsstaatstheorie offenbar. Auch für den Bereich der Staatstheorie ist es insofern zutreffend, wenn Candeloro sagt, der Faschismus weise im Hinblick auf das durch ihn abgelöste liberale System gleichzeitig Momente der Kontinuität und der Diskontinuität auf. Der faschistische habe vom liberalen Staat bestimmte Institutionen (wie die Monarchie, die Bürokratie, das Heer), gewisse außenpolitische Tendenzen sowie ein autoritäres Regierungssystem übernommen. Andererseits habe der Faschismus mit den Traditionen des liberalen Parlamentarismus gebrochen und alle Freiheitsgarantien, die der Statuto Albertino gewährleistet habe, aufgehoben (386).

In Mortatis Konzept einer materiellen Verfassung, mit dem diese historische und politische Entwicklung gestützt und theoretisch untermauert wird, eine Erneuerung des traditionellen italienischen öffentlichrechtlichen Denkens sehen zu wollen (387), könnte seine Begründung in jenen Modernisierungsthesen finden, die sowohl in Italien wie auch in der Bundesrepublik vertreten werden (388). In ihnen konzentriert sich die Diskussion auf die Frage, inwieweit Nationalsozialismus und Faschismus erfolgreiche Mittel zur Zerstörung traditioneller Strukturen und zur Herausbildung moderner Staatswesen waren. Ganz abgesehen von den diese Diskussion vornehmlich bestimmenden Fragen der ökonomischen Entwicklung in Italien und Deutschland, muß für die hinsichtlich der in beiden Ländern während des Faschismus rsp. des Nationalsozialismus entworfenen staatsrechtlichen Konzepte gelten, daß ihnen eine « erneuernde » Wirkung nicht zugesprochen werden kann, soweit in ihnen von einer Synthese individueller und allge-

(385) Vgl. Anm. 285.

(386) CANDELORO, Giorgio, *Storia dell'Italia moderna,* vol. IX, Il fascismo e le sue guerre, Feltrinelli, Milano 1981, pp. 8/9.

(387) Vgl. Anm. 4-6.

(388) Vgl. dazu mit zahlreichen Lit.-Nachweisen: STAFF, Ilse, *Italien und der Faschismus. Ein Beitrag zu Hermann Hellers Faschismus-Interpretation*, in: MÜLLER, Christoph, STAFF, Ilse *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden 1984, S. 443 ff., S. 443 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meiner Interessen ausgegangen wird, die durch staatliche Macht und durch an staatlichen Zwecksetzungen orientierten « Prinzipien » als scheinbar allgemeinverbindlichen Werten erzwungen wird. Genau dies ist der bestimmende Inhalt von Mortatis materieller Staatstheorie. Auch für sie gilt die von Enzo Collotti 1989 getroffene Feststellung: « ... dal punto di vista dello sviluppo politico e civile il fascismo ha rappresentato un momento di regressione non di sviluppo, di oppressione non di emancipazione » (389).

(389) COLLOTTI, Enzo, *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Firenze 1989, p. 166; vgl. auch p. 52. Vgl. im gleichen Sinn: SAPELLI, Giulio, *La classe operaia durante il fascismo: problemi e indicazioni di ricerca*, in: *Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Annali* 1979/1980, La classe operaia durante il fascismo, Milano 1981, p. VII ss. (XVI ss.); GERMANI, Gino, *Autoritarismo, fascismo e classi sociali*, Il Mulino, Bologna 1975, p. 20 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

THOMAS KUEHN

SOCIAL PROCESES AND LEGAL PROCESES IN THE RENAISSANCE: A FLORENTINE INHERITANCE CASE FROM 1452

Introduction. — The Litigants. — Legal Issues in Dispute. — The *Consilium* of Ambrosini and Buongirolami. — Counterarguments and Decision. — Conclusions.

Introduction.

Mea, daughter of Salvestro di Michele Nardi of Florence, widow of Filippo di Piero Rinieri (d. 1427), died in the fall of 1451. On her deathbed Mea took care of the transmission of her property in inheritance. According to her testament her two brothers, Andrea and Piero, were each to get thirds. The remaining third was destined for Mea's two granddaughters, Margherita and Maria Francesca, the only children of her son, Salvestro. Salvestro himself had died only a year before, shortly after having his last will and testament drawn up, 26 September 1450 (1).

Testamentary transmission of Mea's property, however, was not a simple matter. Mea herself was the cause of the problems. Prior to composing her testament, she had given all her dowry to the two granddaughters. Thus Mea had opened two potential legal paths for transmission of her property — the *donatio* in favor of the girls and the *testamentum* leaving the bulk of her estate to her brothers. The priority and status of these two paths were in doubt. What seems

(1) Unless otherwise noted, all information about the parties to this case derives from the case materials themselves. Archival references are given below. I wish to thank Julius Kirshner of the University of Chicago for his reactions to an earlier version of this paper, and I want to thank a former student, Michael Sutton, for help with some of the archival references.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certain in retrospect was that her two brothers would contest the passage of this property, which came to her from their father, but passed to her husband's granddaughters. Mea's testament was not a device that could place her property beyond dispute and avoid litigation. It is an example of how a testament, rather, could generate litigation, while furnishing the terms and parameters of debate (2).

Social processes such as inheritance, dowry, and marriage were encoded in law and entrusted to legal mechanisms (courts and jurists) for their elaboration and interpretation. Indeed these social processes intersected and interacted with each other, and such interaction served to raise complicated legal problems. From different angles of vision, there was a bundle of property that was Mea's dowry, that was her inheritance, that was her gift to her granddaughters. Were we as historians to encounter only one of these manifestations, the social and legal transmission of property in Renaissance Florence might seem a straightforward matter. To encounter all the manifestations in tandem, however, is to realize how property transmission could be anything but straightforward.

There were problems to be resolved in cases such as the one under consideration here; issues of law and right were presented and maintained by both sides. The litigants framed these issues, with the help of legal counsel, and they entrusted these issues to a Florentine judicial magistracy, which, in turn, placed them before jurists who received university training in the *ius commune*. Jurists who assisted the litigants or who advised the court would formulate their legal opinions in the form of a *consilium*, a particular genre of legal writing. As a procedural step *consilia* answered a crying need for certainty in argument or judgment before the uncertainty of different sources of law (civil law, canon law, local customs and statutes) and the ever-changing array of social practices. In the *consilia* jurists could demonstrate the practical relevance of their craft for the sorts of difficult situations that arose repeatedly in social life (3). Resolu-

(2) Cf. my *Law Death, and Heirs in the Renaissance: Repudiation of Inheritance in Florence*, in *Renaissance Quarterly* 45 (1992): 484-516.

(3) Cf. Ingrid BAUMGARTNER, *Stadtgeschichte und Consilia im Italienischen Spätmittelalter,* in *Zeitschrift für historische Forschung* 9 (1990): 129-54, esp. 151-52; IDEM, *Consilia-Quellen zur Familie in Krise und Kontinuität,* in *Die Familie als sozialer und*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion or reconciliation of issues that arose in litigation, while they may not have offered contributions to the doctrinal elaboration of law in the universities, constituted a creative legal moment in social practice (4). Practical legal meaning was incubated not in the lecture hall but in the courtroom (5).

Our sources of information about Mea's estate are the case papers generated in litigation, which contain the facts presented and arguments adduced before the tribunal by both sides as well as the final sentence. Among these case materials are two *consilia*. The fact that the two *consilia* in this case came down on opposite sides, while considering the same terms and arguments, the same set of legal events and doctrinal statements, warns that law is not simply an instrument of power. (6) As the point where theory and practice met, *consilia* are undeniably useful historical sources. (7) Read with care,

---

historischer Verband, ed. Peter-Johannes Schuler (Sigmaringen: Jan Thorbecke, 1987), 43-66.

(4) A case such as that before us can thus allow us to verify Bourdieu's sense of the judge enjoying a partial autonomy within the juridical field, where « his decisions are based on a logic and a system of values very close to that of the texts which he must interpret, and truly have the function of inventions. » Cf. Pierre BOURDIEU, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, in *The Hastings Law Journal* 38 (1987): 814-53, at 826 (his emphasis).

(5) There is a tendency to denigrate consilia as merely practical,or even as stifling the elaboration of doctrine: as in Francesco CALASSO, *Medioevo del diritto* (Milan: Giuffrè, 1954), 588-93; Manlio BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, 3rd ed. (Catania: Giannotta, 1982), 475-81; Franz WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. 1, trans. from German by Umberto Santarelli (Milan: Giuffrè, 1980),107-30. Even someone who seeks to promote the study of *consilia* as creative moments in legal practice, Andrea ROMANO, *La giurisprudenza consulente e Paolo di Castro*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 61 (1988): 141-70, does so only for the « major » figures who contributed to doctrinal elaborations.

(6) This is not to say that law was divorced from power, in the Renaissance or at any other time. Powerful arguments, with limitations, have been offered on this score by Mario SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto: Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Milan: Giuffrè, 1969); E. P. THOMPSON, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act* (New York: Pantheon, 1975); Bernard EDELMAN, *Ownership of the Image: Elements for a Marxist Theory of Law*, trans. Elizabeth Kingdom (London: Routledge and Kegan Paul, 1979); Lauro MARTINES, *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence* (Princeton: Princeton University Press, 1968).

(7) As such, according to Osvaldo CAVALLAR, *Francesco Guicciardini giurista: I ricordi degli onorari* (Milan: Giuffrè, 1991), 5: » possono venire impiegati per altri scopi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

beyond their legal arguments, they give us access to social processes, to historical agents in pursuit of socially inscribed values. Our intent here is not solely to understand legal doctrinal accommodations of problematic social practices. Our intent is to understand this case as an event, to wrap into its narration law, litigation, jurists, social processes, and legal institutions.

By proceeding from such an anthropological perspective, it is possible to see how one process could in fact touch on many areas of law. (8) It is possible to see whole areas of the process that would escape notice by studying *consilia* in isolation from their contexts in litigation, where specific and concrete interests were at stake. (9) To study *consilia* in isolation from the anthropological « extended case » is also to miss that aspect of the operation of law that Bourdieu has likened to the symbolic power of naming. (10) Howsoever litigants saw their interests and prerogatives — and they could well have used or been influenced by the terms of the law as acquired in various manners, including previous contact with the law — law created the things named, especially social groups (in our

---

che il verificare il grado di applicazione di una teoria giuridica ai casi della vita quotidiana o ad illustrare il modo in cui le esigenze della prassi stimolano la produzione e la ricerca teoretica ».

(8) On legal anthropology, see the essay directed at historians by Simon ROBERTS, *The Study of Dispute: Anthropological Perspectives*, in *Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West*, ed. John Bossy (Cambridge: Cambridge University Press, 1983), 1-24; as well as his schematic *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology* (Harmondsworth: Penguin, 1979); John L. COMAROFF and Simon ROBERTS, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*; (Chicago: University of Chicago Press, 1981); and my *Law, Family, and Women: Toward a Legal Anthropology of Renaissance Italy* (Chicago: University of Chicago Press, 1991), esp. chaps. 1 and 2.

(9) It is also true that in civil law the rule sits within a logical structure and is not generated in judicial precedent. Hence knowledge of the particulars of a case directly relevant to determining the applicability of a precedent to another case carries much less meaning in civil law than in common law. See John Henry MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd ed. (Stanford: Stanford University Press, 1985); Alan WATSON, *The Making of the Civil Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981). On these *consilia* collections, see BAUMGARTNER, *Consilia-Quellen zur Familie*, 46-48; Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milan: Giuffrè, 1967), 124-64.

(10) BOURDIEU, 838.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

case, heirs, donors, parties), and gave them an enduring classificatory status. In our case (and many others arising in Florence at the time) a matter of property, expressable not only in terms of money but in terms of the identity and honor of a lineage, recoverable in symbolic forms (like the genealogical charts that adorn one of the *consilia)*, became a matter of *dos, donatio, laudum*, and *hereditas*. Desires to transmit ownership of assets became crossed with rules for the validity of a *donatio*, a *laudum*, and a *testamentum*. In these ways the particulars of this case became tied to universal categories of legal and social meaning, and the judgment similarly became universal. For those involved in the case, the juridical ritual of litigation began well before the *consilia* were drafted. It began with the ritual of notarizing the various legal events more or less as they occurred — of giving them legal form, even if the social and economic form had in fact been very different (11).

The Litigants

Both the Nardi and Rinieri were from that second echelon of Florentine families — possessed of far more wealth and influence than most, but not within the highest ranks of wealth or the inner circles of power. By the early l450s, however, their fortunes were headed in opposite directions.

The Nardi were up-and-coming. Their ancestors did not appear among the wealthiest Florentine households according to the fiscal records of the early fifteenth century (12). By the 1430s, however, Mea's brothers had become politically prominent allies of the Medici. Andrea Nardi was placed on the first Medici *Signoria* following the return of Cosimo de' Medici from exile in September 1434 (13).

---

(11) To put it another way, the social and legal were not identical fields but they were not separate or devoid of overlapping areas.

(12) That is, they do not appear in the lists of the 600 highest assessed households in 1403 and 1427 (actually the 150 highest of each of the four quarters) as compiled by Lauro MARTINES in his *The Social World of the Florentine Humanists, 1390-1460* (Princeton: Princeton University Press, 1963).

(13) Cf. Dale KENT, *The Rise of the Medici: Faction in Florence, 1426-1434* (Oxford: Oxford University Press, 1978), 188 and 226.Information from the Tratte of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In his *catasto* statement of 1457 Piero Nardi disclosed a solid but not enormous fortune. At age 65 he had a 36-year-old wife who had given him eight children, ranging in age from 19 to 1 (five sons). Piero also had two illegitimate sons, ages 30 and 28. (14) This was a man who cut a considerable figure in Florentine society.

When Mea di Salvestro Nardi married Filippo Rinieri with a dowry of 600 florins in 1400, he was a moderately prosperous Florentine, ranking 70th in his quarter in the *estimo* of 1403. In 1427 his heirs stood at 115th, with total assets of 3,142 f1orins. (15) Following the fiscally and politically difficult years of the late 1420s and early 1430s, however, Rinieri fortunes, or at least those of Salvestro di Filippo, seem to have been at a low ebb. (16) The decline in Rinieri fortunes made it imperative for Mea, on her widowhood, to act to secure her dowry against the remaining tangible assets in her late husband's estate. In November 1435 Mea went to the court of the Podestà in Florence and requested and received a sentence in her favor designating various of Salvestro's properties as hers, as the equivalent of her dowry. (17) These were two *poderetti* in the Florentine contado and the Rinieri house in the Florentine *popolo* of Santa Margherita. The dowry was her portion of her natal family's patrimony, entrusted to her husband, to « sustain the burdens of matrimony » and to protect family honor. Ordinarily, on a husband's predecease of his wife, the dowry was under legal require-

---

Florence places the births of Mea's brothers in 1391 (Piero), 1383 (Andrea), 1384 (Bernardo), and 1397 (Francesco).

(14) A[rchivio di] S[tato], F[irenze), Catasto 798 (Santa Croce, Carro, 1457), fols. 278r-79v.

(15) Cf. MARTINES, *Social World*, 351 and 371.

(16) For the economy in this period, see Anthony MOLHO, *Fisco ed economia a Firenze alla vigilia del Concilio*, in *Archivio storico italiano* 148 (1990): 807-44.

(17) This event, along with record of her marriage, the sum of her dowry, and the death of her husband, as well as other information, is included with the *consilium* of Ambrosini and Buongirolami, which is in ASF, Acquisti e Doni 139, inserto 4, fols. 3r-4v, 8r-11v. On the legally difficult area of the restitution of dowries, see the classic study of Manlio BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi: Contributo alla storia della famiglia medievale* (Milan: Giuffrè, 1961), 187-222; but now see also Julius KIRSHNER, *Wives' Claims against Insolvent Husbands in Late Medieval Italy*, in *Women of the Medieval World*, ed. Julius Kirshner and Suzanne F. Wempel (Oxford: Blackwell, 1985), 256-303 and the literature cited therein.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ment to be restored to her, although provision of widowhood rights in his property could delay or preclude any actual changes in the use and control of property. (18) Mea's move to have her dowry set aside in specific assets, whether to protect just herself or also her son, speaks to a sense of fear of creditors outside the household, including possibly other Rinieri.

To this point, then, the event we are following resided in common and crucial social processes of the Renaissance city- marriage, dowry, provision for widowhood, and restitution of dowry (all but the latter extensively studied by historians). These were all potentially troublesome aspects of life. Certainly for the widow Mea they were not settled even by the decree from the Podestà's judge. Mea was a mother, as well as a widow, so she also had to deal with her son, Salvestro, who stood as heir to her husband. Thus, almost ten years later, in July 1445 Mea and her son Salvestro submitted themselves to arbitration. (19) The arbitrators they chose were Andrea di Salvestro Nardi, Mea's brother, and Giovanni di Salvestro Ricacci. In March 1446 these arbitrators determined that Salvestro, as heir to half of his father's patrimony, was obligated for return of his mother's dowry. In fact, his account book showed that he owed her 557 florins. The arbitrators, therefore, awarded her various *mobilia* worth 100 florins, half of a *domus magna* (the other half going to Pippa di Filippo d'Antonio Rinieri) with two adjoining shops worth 310 florins, part of another shop worth 30 florins, and a *poderetto* at Cintoia worth 50-total value of 490 florins. Both parties formally ratified this decision. As the *compromissum* establishing the arbitration between this mother and son was stated to last for ten years, the arbitrators reserved the right to amend their judgment at a later date.

This arbitration was, it seems, essentially a legal maneuver.

---

(18) On dowry in culture and society, see Julius KIRSHNER, *Pursuing Honor While Avoiding Sin: The « Monte delle doti » of Florence*, Quaderni di *Studi Senesi* (Milan: Giuf- frè, 1978); idem and Anthony MOLHO, *The Dowry Fund and the Marriage Market in Early Quattrocento Florence*, in *Journal of Modern History* 50 (1978): 403-438; and other studies cited below.

(19) On arbitration in Florence and generally in the civil law, see my *Arbitration and Law in Renaissance Florence*, in *Renaissance and Reformation*, n.s. 11 (1987): 289-319; and my *Law, Family, and Women*, chap. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nothing need have changed in actual living arrangements and day-to-day patterns of interaction, whatever those were. The arbitration effectively lodged ownership rights in the various properties with Mea, clarifying dowry restitution not only for her and her son but also — and perhaps more crucially — for the rest of society, including their kin.

In 1450 the arbitrators found reason to make changes in their arrangements of 1446. In September of 1450 Salvestro died, leaving a testament that reaffirmed Mea's rights in his property as laid out in the *laudum* of 1446. Mea, however, renounced all her dotal rights in Salvestro's estate and instead made a formal gift of them to her two infant granddaughters on 26 September. The arbitrators immediately stepped in and annulled this *donatio* on the grounds that these girls were their father's heirs and so the terms of the *laudum* fell on them, and thus on the paternal property they inherited (20). The *donatio*, in other words, could not stand in the opinion of the arbitrators because it contravened the terms of the prior *laudum* binding on Salvestro's heirs and on Mea's. A few days later, on 3 October 1450, Mea agreed to the actions of the arbitrators and also had her own testament drawn up. In it she named as her heirs her brothers, Andrea and Piero (each getting a third) and her granddaughters (sharing the remaining third). Mea's death came soon thereafter.

Thus there was a rapid turn of events as another social process — namely inheritance — became implicated in the lives of these Florentines. First Salvestro's estate had to be secured by testament to his girls. Then transmission of Mea's property also arose. Her property, however, lay at the crosscurrents of conflicting and shifting streams in social and cultural life. We can see those currents in her initial gift to the girls, the annulment of the gift by arbitrators

(20) ASF, Acquisti e Doni 139, ins. 4, fol. 3v: « ex maxime ratione quia dicte due neptes erant institute heredes per Silvestrum predictum compromittentem equaliter, et quia sperabantur future heredes dicti Silvestri compromittentis cum potestate quod dictum compromissum transiret contra heredes ipsarum compromittentium et quod propterea revocarunt dicti arbitratores dictam donationem factam filiabus dicti Silvestri ... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(including her brother) and her subsequent testament in favor of brothers and granddaughters.

Inheritance in Florence, as most elsewhere in Italy, was agnatically based. That is, most property was reserved to men linked by blood to men. But inheritance was not agnatically *determined*. It overlay a sense of cognatic relationships, established through legitimate marriages and traced, at some point, through women (21). Here also is where the ambiguities of gender in Renaissance society became apparent. Women were agnatically linked to men of their natal lineage (most notably their fathers, brothers, paternal uncles and nephews) but they did not transmit agnation to their children — only men could do that. A married woman stood at a unique juncture — agnatic to her kin, while providing the means for her husband to propagate his own line of agnatic descent. The married woman, and later as a widow, also stood in an anomalous legal and social position (22). She had rights to property, notably her dowry, but very little legal ability to dispose of it (on her own, without male intervention), especially while still married (23). With regard to inheritance these anomalies struck women two ways. Regarding inheritance to her, a woman experienced constraints. Generally in

---

(21) These are themes I have raised previously in my *Some Ambiguities of Female Inheritance Ideology in the Renaissance*, in *Continuity and Change* 2 (1987): 20-21. This paper is now reprinted with some minor changes and corrections in my *Law, Family, and Women*, chap. 10. See also David HERLIHY, *Medieval Households* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985).

(22) Cf. Christiane KLAPISCH-ZUBER, *Zacharias, or the Ousted Father: Nuptial Rites in Tuscany between Giotto and the Council of Trent*, in her *Women, Family, and Ritual in Renaissance Italy,* trans. Lydia G. Cochrane (Chicago: University of Chicago Press, 1985), 178-212; Carol LANSING, *The Florentine Magnates: Lineage and Faction in a Medieval Commune* (Princeton: Princeton University Press, 1991), 109-42; Sharon T. STROCCHIA, *Funerals and the Politics of Gender in Early Renaissance Florence*, in *Refiguring Women: Perspectives on Gender and the Italian Renaissance*, ed. Marilyn Migiel and Juliana Schiesari (Ithaca: Cornell University Press, 1991), 155-68; IDEM, *Death Rites and the Ritual Family in Renaissance Florence*, in *Life and Death in Fifteenth-Centurv Florence*, ed. Marcel Tetel, Ronald G. Witt, and Rona Goffen (Durham: Duke University Press, 1989), 120-45.

(23) In addition to my *Some Ambiguities*, cited above, see my *Cum Consensu Mundualdi': Legal Guardianship of Women in Quattrocento Florence* in *Viator* 13 (1982): 309-33, reprinted with additions and changes in *Law, Family and Women*, chap. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Florence a woman's inheritance from her natal kin was limited by statute to her dowry, although she might indeed receive more from father, brothers, or other kin (male and female). Her rights to inherit from husband or children were even weaker in statutory law (24). As for inheritance coming from her, a woman faced a wider range of choices. As Stanley Chojnacki has repeatedly demonstrated on the basis of patrician testaments from Venice, women left property to a wider array of kin, cognatic as well as agnatic, female as well as male, than did their male kin (25).

The timing of events also mattered in this case. Had Mea predeceased her son, her property would have gone to him in intestacy or (we presume) by her testament. (26) From him it would pass to his daughters. Because he died first, however, and because the property ownership had been settled by the *laudum* of 1446, Mea moved to secure transmission to her granddaughters (at least temporarily neglecting her brothers). Also because Salvestro died at this point, his young girls were left in legal guardianship, dependent on others to vindicate their putative property rights at law. The *tutela* over these young (paternal) orphans furnished the occasion and the arena in which the issues were joined.

By the terms of their father's testament, the granddaughters' *tutores* were to have been their great aunt Vaggia (Filippo's sister, widow of Francesco de' Bucolli, who was also left things in her nephew's testament), Luigi di Francesco dell'Orto, and others. These *tutores*, however, declined the onerous duty and on 21 October 1451 petitioned the Florentine Magistrato de' Pupilli to take over *tutela* of the girls. (27) The existence of such a magistracy in Florence and elsewhere demonstrates how important legal guard-

---

(24) For examples of female inheritance, see Julius KIRSHNER, *Materials for a Gilded Cage: Non-Dotal Assets in Florence (1300-1500),* in *The Family in Italy from Antiquitv to the Present*, ed. David I. Kertzer and Richard P. Saller (New Haven: Yale University Press, 1991), 184-207; and generally on this theme, my *Some Ambiguities*.

(25) As in his recent *'The Most Serious Duty': Motherhood, Gender, and Patrician Culture in Renaissance Venice,* in *Refiguring Women*, 133-54.

(26) The relevant statute is in *Statuta communis Florentiae anno salutis mccccxv*, 3 vols. (Freiburg [Florence], 1778-83), 1: 222-23.

(27) On the law of *tutela* in this period, see Gigliola VILLATA DI RENZO, *La tutela: Indagini sulla scuola dei glossatori* (Milan: Giuffrè, 1975).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ianship was, and how frequently it was needed in social and demographic fact to safeguard the inheritance process for families. (28) These officials, chosen by lot for six-month terms and subject to various requirements and prohibitions in line with the procedures for selecting the city's most important magistracies and consultative bodies during the republic, stood as *tutores* for all Florentines not otherwise furnished with guardians in the paternal last will and left without close male kin (brothers, paternal uncles, paternal grandfather) or mother or paternal grandmother. Statutes closely regulated the Magistrato dei Pupilli in their management of pupillary assets, as indeed the statutes erected safeguards against the actions of all *tutores*, further extending thereby the safeguards put in place in the *ius commune* (29).

The Magistrato dei Pupilli became involved in our case because the testamentary *tutores* begged off. That was not surprising, as they were not close kin (except the aunt) and faced restrictions on their actions. Nor was their withdrawal from guardianship unusual. The legislative records of the Florentine Signoria reveal a number of petitions by *tutores* seeking release from the burdens of guardianship. As one further example, in 1480 Roggieri di Niccolò Bartolomei, named as *tutor* to the three sons of Mariotto Salvestri in the latter's testament, declined the honor, citing the heavy burdens it placed upon him. Another *tutor*, Andrea Cresci, had already withdrawn over two years before, for the same (largely formulaic) reasons. Named to replace these men were the boys' two paternal uncles (30). Likewise in our case, for all that they were known to and named by the testator, the designated *tutores* may not have been a group that could (any longer?) cooperate and were unwilling to face

(28) On such civic boards and statutory regulation of tutela (itself an institution of civil law), see the excellent essay of Maria Gigliola di Renzo Villata, *Note per la storia della tutela nell'Italia del Rinascimento*, in *La famiglia e la vita quotidiana in Europa dal '400 al '600: Fonti e problemi* (Rome:Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, 1986), 59-95.

(29) *Statuta* 1415, 1: 208-16.

(30) ASF, Provvisioni-registri 171, fols. 13r-14r (26 June 1480). Michael Sutton and I have located 53 such renunciations of tutela between 1434 and 1494 in this archival *fondo*. They are not spread evenly through the years. Thirteen arose between 1434 and 1439; thirty-eight between 1460 and 1483; none in the interval 1440 to 1460.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the burdens of guardianship. The Magistrato would exercise a more thorough control in the interests of the young wards. This civic board appointed Antonio di Francesco Gherardi as *tutor*, and he immediately undertook to inventory Salvestro Rinieri's estate and manage its revenues. (31) As an unrelated third party answerable to a civic magistracy, he was not concerned with interests of his own in relation to the property, as one of the Rinieri kin might have been. (32) But he did not operate without reference to the Rinieri either.

It was the officious Antonio Gherardi and the girls' kinsman, Filippo d'Antonio Rinieri, who precipitated the events leading to the suit. Although the second *laudum*, which revoked the gift to the granddaughters, had attempted to reaffirm the Nardi claims to the dowry-and Andrea Nardi had been one of the arbitrators-Gherardi was tied to the interests of the Rinieri girls. He administered the estate of their father. Filippo d'Antonio Rinieri stood to inherit from these girls, and he backed Gherardi's efforts. Filippo Rinieri was associated with the powerful Pandolfini family, and thus was a not inconsiderable figure in Florentine society (33). In any event it was the place of Mea's dotal property in the inventory of the girls' holdings that put Gherardi in front of the Magistrato in the guise of a plaintiff.

Before the Magistrato de' Pupilli Gherardi claimed that Mea's *dos* belonged to the young girls on the strength of the *donatio* to them and that there was nothing left then for Mea's brothers. In effect « her testament was empty and of no importance or effect » (34). Andrea and Piero Nardi, however, had already seized control of two-thirds of their sister's estate, alleging in their support the *laudum* overturning the *donatio* and Mea's subsequent testamentary bequest to them of portions of her *hereditas*. Put simply, the

(31) ASF, Acquisti e Doni 139, ins. 4, fol. 11r; ASF, Magistrato de' Pupilli avanti il Principato 70, fol. 156r.

(32) Here note DI RENZO VILLATA, 59-60, 68-74.

(33) Cf. F. W. KENT and Gino CORTI, eds., *Bartolommeo Cederni and His Friends: Letters to an Obscure Fiorentine*, Quaderni di *Rinascimento* 10 (Florence: Olschki, 1991), 24-25, 29-30.

(34) ASF, Acquisti e Doni 139, ins. 4, fol. 4r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

issue before the Magistrato was whether a *donatio* honoring cognation and placing property in the names of women was to override a testament honoring agnation and leaving the bulk of property to men.

But the issue was not, in fact, that simple. The interests and property of two different lineages were at stake. The *dos* that lay at the heart of the case had consisted of Nardi property, but as reconstituted by the court of the Podestà and the later *lauda*, it took the form of Rinieri family holdings. At issue, it seems, was both the monetary and symbolic value of the property and its social devolution (35). The sense that dowry amounted to a temporary transfer of a wife's property to her husband, to be returned to her or her heirs after the husband's death, met with obstacles, not the least of which were the interests of the members of the woman's natal family. There was also the interesting twist that this property devolved through a woman to women, whose rights were contested by men. It only confused matters here that Mea's actions were so obviously at cross purposes, leaving all to the girls by a gift device and then splitting property between them and the brothers in the will. Her one brother's intervention as arbitrator to cancel the gift may simply have reminded her of her family and all the nieces and nephews she had there. Certainly one frustrating aspect of this case is that the principal actor, Mea, never spoke in her own voice to us. Only her actions can speak for her. Of course there was no attempt here to deny the girls *any* benefit of their grandmother's *dos* — just to limit them to one-third, which was the portion a husband could claim on his wife's predecease by Florentine statute. In Florence it was not uncommon for widows, especially those without male kin, to leave property to their female kin. Nor was it unusual that widows' testaments or other methods of transferal were thwarted by insufficient assets or the machinations of heirs (36). Provision of dowries

(35) On family property, see the elegant pages in Francis William KENT, *Household and Lineage in Renaissance Florence: The Family Life of the Capponi. Ginori, and Rucellai* (Princeton: Princeton University Press, 1977), 121-63; also Alberto TENENTI, *L'ideologia della famiglia fiorentina nel Quattro e Cinquecento* in *La famiglia e 1a vita quotidiana*, 97-107.

(36) Cf. KIRSHNER, *Materials for a Gilded Cage*. Also on widows, see Isabelle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and restitution of them was an important process in familial legal and economic existence and a point of destabilization of family fortunes (37). Here that destabilization was compounded through another crucial moment, post mortem inheritance, and through the vital procedure of guardianship, by which the interests of children could acquire a legal advocate.

Legal Issues in Dispute.

The case records allow some insight into the process by which the parties' senses of right and law acquired legal precision in the course of argumentation. The vernacular court records of the Magistrato de' Pupilli contrast with the Latin terminology of the jurists' *consilia*, for all that the vernacular at times closely mimicked the style and tone of the legal Latin.

Actual proceedings began on 27 February 1452 (1451, old style). On that date the Ufficiali de' Pupilli heard the petition of Andrea Nardi, presented on his behalf and that of his brother Piero in response to the *libellus* of Gherardi to the effect that Mea's property belonged to his young charges (38). Andrea's petition simply drew attention to Mea's testament of 3 October 1450, which gave him and Piero their shares of her estate. Andrea carefully produced a copy of this document, secured from the notary (ser Matteo di ser Battista Boncianti), and deposited it with the Pupilli's

---

CHABOT, *Widowhood and Poverty in Late Medieval Florence*, in *Continuity and Change* 3 (1988): 291-311; Stanley CHOJNACKI, *Patrician Women in Early Renaissance Venice*, in *Studies in the Renaissance* 21 (1974): 176-203; David HERLIHY and Christiane KLAPISCH-ZUBER, *Les toscans et leurs familles* (Paris: Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1978), 393-419, 469-511, 606-612; KLAPISCH-ZUBER, *La mère cruelle': Maternité, veuvage et dot dans la Florence des XIVe-XVe siècles* in *Annales* 38 (1983): 1097-1109 (now translated in *Women, Family, and Ritual in Renaissance Italy*, 117-31).

(37) See KIRSHNER, *Materials for a Gilded Cage*; and *Wives' claims.*

(38) ASF, Magistrato de Pupilli 70, fols. 213r-15r (the petition is on fol. 213r). The Ufficiali were Niccolò di Piero Capponi, Bartolomeo di Santi di Giovanni, Domenico di Jacopo Federighi, Antonio di ser Tommaso Masi, and Giuliano di Giovanni dal Borgo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notary. He asked that the Magistrato issue a *sententia* confirming his and his brother's ownership of Mea's property (39).

On 29 February Antonio Gherardi and Filippo d'Antonio Rinieri offered their *responsio* (to use the procedural Latin) to the Nardi claims. They pointed to the existence of the *donatio* of 27 September 1450 by Mea to her granddaughters, of which they likewise entered a copy in evidence. In this *donatio* Mea had given away all rights (*iura*) in her son's estate, reserving to herself « use and usufruct » on all property for the remainder of her life. And it was asserted that such a *donatio* to persons who would succeed her in inheritance in any case did not leave room for a subsequent testament (40). The girls were to get it all; the Nardi brothers nothing.

These were simple arguments. One side staked its claim on a testament; the other pointed to a prior *donatio*. To this point the only legal professionals with whom we can be certain the parties had had contact were the notaries from whom they secured the copies of the documents submitted in evidence. But the arguments of both were definitely legal, and they were gaining in sophistication and complexity (in arguing that the prior *donatio* to one's heirs rendered the later testament moot). The greatly escalated response by the Nardi on the next day, on the other hand, would seem to indicate that they had been in communication with jurists as they contemplated formal legal action.

This time, in his *exceptiones* to the other party's arguments, Andrea Nardi refered to the arbitration of 1445-46 that declared Salvestro his mother's debtor for 557 florins. In view of this *laudum* Salvestro could not make her his heir, argued Nardi. And her *donatio* was invalid because it amounted to preempting the authority of the arbitrators, which ran for ten years. Mea, old and near death

(39) The petition makes clear that the brothers already had the goods: « et due terzi di tucta 1a sua substantia s'appartiene loro et così l'anno presa per detti due terzi et quelle tengono et posseghono con giusta ragione et titulo per virtù di detto testamento » (ibid.).

(40) *Ibid.*, fol. 213v: « et che perchè mona Mea donò che poteva donare, maxime a chi le succederà, donagione non poteva in preiudiccio contestare quello di che ella serà già spodestata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

herself, had seemed to accede to the arbitrators. Indeed, restored to her rights by the *laudum* of 3 October 1450 annulling the *donatio*, Mea then had her testament drawn up giving inheritance rights to her brothers along with her granddaughters (41). Thus Nardi cleverly pointed to the sequence of events within a causal grid of the validity of these legal acts. His narrative supported his claims. Yet this narrative already sidestepped a number of the social process aspects of this event. There is no mention of agnation vs. cognation, of the status or legal capabilities of women, of the nature of dowry and its restitution. The inheritance process was already being boiled down to the more strictly legal technicalities of testaments, *donationes causa mortis*, and arbitrations.

Then, to allay « alcuna dubietà » to the contrary, Andrea Nardi also submitted a *consilium*. The records of the Pupilli give no sense of who wrote this opinion or of what it said (similarly the records give no indications regarding the *consilium* submitted by the other side). However, this text survives elsewhere in Florence's archives (42). Thus it is possible to see who the jurists were and how they handled the matter.

The *consilium* had been commissioned from two jurists: Piero Ambrosini da Iesi (1403-72), who wrote the lead opinion, and Giovanni di Girolamo Buongirolami (1381-l454). These two worked together on other cases (43). Ambrosini was notably active in the

---

(41) *Ibid.*, fol. 214r: « dicesi per Andrea alla parte del detto testamento che Salvestro che aveva dato in obligho a mona Mea per virtù del compromesso non poteva instituire l'herede in alcuna substantia perché erano state agiudicate allei e che per el testamento veniva a essere di nulla et che . . . la detta mona Mea aventi notitia di detto testamento facto per figliuolo ratificò et confermò il detto testamento et a maggiore cautele donò et dia alle dette sue nipoti institute herede di detto Salvestro ogni suoi beni et ragioni riservandosi l'usufructo che mona Mea non la poteva fare con ciò sia che adiuvasse la veterità sua non può trarre a esse durante il termine dell'obligho che era dimessa autorità negli arbitri durante il tempo del compromesso. . . . et nel medesimo dì [3 October] la decta mona Mea essente reintegrate nelle sue ragioni per virtù del secondo lodo fe' suo testamento dove ella institui suoi heredi le decte fanciulle . . . et i detti Andrea e Piero. . . . ».

(42) ASF, Acquisti e Doni 139, ins. 4, fols. 4r-6v. This is the original with seals.

(43) For an example, see Thomas KUEHN, *Some Ambiguities of Female Inheritance Ideology in the Renaissance*, in *Continuity and Change* 2 (1987): 20-21. This paper is now

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1450s, taking a role in the celebrated marital dispute of Giovanni della Casa and Lusanna di Benedetto di Girolamo later in the decade (44). Ambrosini was more or less an outsider to Florentine circles of power, but the resulting supposed impartiality gave him the basis for a relatively lucrative career. Buongirolami too had limited political standing in Florence, although his family had established itself in the city a generation earlier (45). Ambrosini and Buongirolami provided Andrea Nardi with a written argument in a *consilium*, and Ambrosini also furnished further arguments to be presented orally (though in Latin). The thrust of the oral arguments, however, is only clear by first examining the *consilium*.

The Consilium *of Ambrosini and Buongirolami.*

As social agents, Mea and her son and her brothers had simply been intent on successfully negotiating social processes such as inheritance. Once a dispute arose between Mea's brothers and the *tutor* of her granddaughters, the focus shifted to the problematic of the validity of competing strategies of inheritance. As the dispute fell in the hands of jurists, its locus narrowed to a level of purely legalistic detail — the validity of legal mechanisms turning on fine procedural and conceptual points. Such a narrowing to the legal was to be expected at this stage, where the dispute had entered the legal arena, a highly professionalized legal arena at that. The language of law took over. For all that, however, the legal treatment of the case by professionals in a technical procedural context is not unrevealing--of the gulf between their treatment and the meanings of the social agents and of the operation of law on social realities.

The *Consilium* began with a brief Latin summation of the exchanges before the Magistrato de' Pupilli on 27 and 29 February. Nardi's argument against the *donatio* here rested on two points.

---

reprinted with some minor changes and corrections in my *Law, Family, and Women*, chap. 10.

(44) As I noted in my *Reading Microhistory: The Example of Giovanni and Lusanna*, in *Journal of Modern History* 61 (1989): 512-34, at 527.

(45) For brief profiles of these jurists, see Lauro MARTINES indispensable volume, *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence*, 501, 503.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

First, it had been annulled by the second *laudum*. Second, because Mea's dotal rights had been settled by the court of the Podestà in 1435 and by the first *laudum* of 1446, she had in fact nothing to give from her son's estate. Her *donatio* had been empty.

The *consilium* posed one simple question to be considered — did Andrea and Piero get two-thirds, as Mea's testament specified? Ambrosini utilized the pro-et-contra style of learned disputation. He began by considering arguments in favor of the other side to the effect that the second *laudum* and Mea's testament did not prejudice the granddaughters' rights. The main argument was that the prior *donatio* was irrevocable and that, just as Mea could not revoke it, neither could the arbitrators, for they could not pretend to greater right than the person for whom they acted. Also, « maxime, » Mea's arbitration with Salvestro had dealt with their rights and obligations, not those of future heirs, so Mea could not testate these rights previously given away and they could not be revoked by arbitrators (46).

Switching to the contrary side, Ambrosini argued that Mea had no *iura dotalia* to give in the *donatio*, for her rights against her husband's and son's estates had been settled by the Podestà and the first *laudum*. Here the teachings of Bartolo da Sassoferrato (d. 1357), Dino del Mugello (d. 1303), and others to the effect that a *solutio* (payment) extinguished an obligation only began a cascade of citations to similar effect. Ambrosini also insisted that the property (*immobilia* and *mobilia*) granted Mea could not also be called *iura* (which, according to the language of the *donatio* had been the substance of her gift). Here he was countering a terminological maneuver of the other side, asserting for his part that « iura et actiones reales vel personales » were not *immobilia* or *mobilia* but were, in fact, a « tertia speties per se distincta et diversa » (47). Nor did it matter that Mea had reserved usufruct to herself, for although the other side wanted to infer that this « right » of usufruct was the

(46) ASF, Acquisti e Doni 139, ins. 4, fols. 4v-5r: « et per consequens de dictis iuribus donatis prius, dicta domina Mea non potuit testari ut de bonis alienis donatis per eam penis et non suis ».

(47) *Ibid.*, fol. 5v, where the quotations appear in a marginal addition in Ambrosini's hand.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

content of the *donatio* to the girls, one could reserve usufruct only to *bona*, not *iura*. (48) Ambrosini indicated as well that the other side, aware of these terminological difficulties, had recently sought both from the notary concerned and from the proconsul of the Arte de' Giudici e Notai to get language added to the text of the *donatio* to the effect that Mea had given all her *bona* (49). The attempts had failed.

Ambrosini's second point was that Mea legally could leave property to her brothers because the second *laudum* effectively overturned the *donatio*. That arbitration had been « generale et generalissimum » and carried the stipulation that it also covered the parties' heirs (and these girls were heirs to both). The girls effectively ratified the *laudum* by the act of entering upon their father's estate, which had been accomplished by the actions of their guardian. Thus Ambrosini concluded that the testament stood, the *donatio* did not, and Andrea and Piero Nardi were each entitled to a third of their sister's estate (50).

In the course of his opinion Ambrosini made numerous references to authoritative texts to establish legal principles or conclusions. By and large most of these references were to passages in the *Corpus iuris civilis*, some to canon law (51). Often, however, the crux of his argument turned not on these citations but on the facts of the case.

For his part, Buongirolami also made frequent reference to civil and canon law, but he made less use of academic jurisprudence. In part that may have been because Buongirolami was intent on supplementing, rather than merely repeating, Ambrosini's points.

---

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*: « Et ideo forte et sine forte pars dictarum neptium istis diebus hec perpendens nixa fuit iungi posse tam cum notario rogato de dicta donatione quam etiam coram domino proconsule et consulibus artis iudicum et notariorum civitatis Florentie quod in dicto instrumento adderentur. Non potuerit, quia in facto non sic fuit factum per illam dominam Meam donatricem in donatione nec dictum et ad istam rationem non potest responderi ».

(50) *Ibid.*, fol. 6r.

(51) Among the authoritative jurists, he singled out Bartolo eight times, the *glossa ordinaria* (to different texts) four times, Baldo degli Ubaldi (1323-1400) three times and his brother Angelo (d. 1407) twice, with three others once each.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Buongirolami began with the reassertion that acceptance of *bona* in payment extinguished the *iura dotalia* and that, therefore, Mea's gift of *iura* had been a gift of nothing. That *bona* and *iura* were not the same he reaffirmed with citations. He also added the observation that *iura* were *incorporalia*, whereas *bona* were *corporalia*, so that one category clearly could not comprehend the other (52).

Buongirolami also concluded that the second *laudum* invalidated the *donatio* because the *laudum* covered the heirs. Here too he alluded to textual support, but he also implicated the language of the arbitration papers and the statutes of Florence, which demanded that *lauda* be ratified by the parties and not be contested or disobeyed (53). As a final argument that the *iura dotalia* were paid out and thus removed, Buongirolami argued that a *matrimonium solutum* (as Mea's had been by the death of her husband) meant that the *fundum dotale* ceased to exist and became instead the *patrimonium mulieris*.

The central assertion of the two jurists — that there was an absolute difference between *iura* and *bona*, such that Mea's *donatio* of *iura* failed to transmit *bona* — rested uncomfortably in the law, as the following passage illustrates:

Although sometimes rights are contained in the term ' goods', as l. princeps bona, and there according to the Gloss and Bartolo, ff. de verbo. sig. [D. 50.16.21] and in l. si constante § <si>bona, ff. so. ma. [D. 24.3.24,7] and there according to Baldo, Angelo, Giovanni da Imola, and Lodovico da Roma, it does what is said in l. ii and there also according to Bartolo, ff. de statu ho. [D. 1.5.2] and l. uxori mee, ff. de usuf. le. [D. 33.2.37], yet *bona immobilia*, such as are those which mona Mea had in payment for her dowry and the 550-florin credit, and about which she made her testament, never come under the heading of rights, as appears from the notes of Baldo in l. si certis annis C. de pactis [C. 2.3.28] and in c. querelam extra de electio. [X. 1.6.24]; and especially said *bona immobilia* do not come in the said *donatio*, because she gave all the rights that she had by force of her dowry or other rights in the goods of the said

(52) *Ibid.*, fol. 6v.

(53) On these issues of statutory law, see my *Arbitration and Law in Renaissance Florence*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deceased Filippo and in the goods of the said Salvestro her son, and so said mona Mea ceded or gave no right to her said granddaughters to said goods which were then hers, as far as ownership and possession, by force of said sentence of adjudication and said *laudum*, as l. pompo<nius> § si iussu, ff. de acqui. posse. [D. 41.2.13,9] and l. traditionibus C. de pact. [C. 2.3.20] (54). It is interesting how Ambrosini marshalled more citations on the side (that *iura* were at times called *bona*) that he wanted to reject than he did for the position that *immobilia* were never called *iura*.

In all the two jurists produced only six textual citations; and on close examination none of them seem very persuasive, leave alone conclusive (55). None of these citations truly established a principle

---

(54) *Ibid.*, fol. 5v: « Licet enim appellatione bonorum veniant etiam iura quandoque, ut l. princeps bona, et ibi per glo. et Bar. ff. de verbo. sig. et in l. si constante § bona ff. so ma. et ibi per Bal., Angl., Jo. de Imola, et Lodo. de Ro., facit quod habetur in l. ii et ibi etiam Bar. ff. de statu ho. et l. uxori mee ff. de usuf. le., tamen appellatione iurium nunquam veniunt bona immobilia, sicut sunt illa que dicta domina Mea habuerat in solutum pro dicta sua dote et credito florenorum 550 vel circa et de quibus testata fuit, ut patet ex notatis maxime per Bal. in l. si certis annis C. de pactis et in c. querelam extra de electio., et maxime dicta bona immobilia non veniunt in dicta donatione quia donavit omnia sua iura que habebat vigore sue dotis vel alia in bonis dicti olim Philippi et in bonis dicti Silvestri sui filii et sic ad dicta bona que tunc erant sua quo ad dominium et possessionem vigore dicte sententie adiudicationis et dicti laudi, ut l. pompo. § si iussu ff. de acqui. posse. et l. traditionibus C. de pac., nullum ius dicta domina Mea cessit vel donavit dictis suis nepotibus ».

(55) Ambrosini cited from the *Liber extra* (X. 1.6.24) a canon that distinguished rights of election to a church from the obligation of one church to pay a *pensio* to another. He also cited Baldo degli Ubaldi to a text of the *Codex* (C. 2.3.28), which stated that one could not force execution of a gift unless there was agreement to that effect (*In primos libros codicis commentaria* [Lyons, 1546]). Here there was some distinction between the promise or intent to give and the actual transferal of ownership- -thus some basis to differentiate *iura* from *bona* — but hardly a basis to argue that one precluded the other. On the law regarding *donationes*, see Max KASER, Roman Private Law, trans. Rolf Dannenbring, 2nd ed. (Durban: Butterworths, 1968), 198-200; W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3rd ed., ed. Peter Stein (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), 253-58.

Buongirolami marshalled citations to the effect that in a *peculium* one could have *res* « omnes et mobiles »; that a creditor seizing *pignora* had to sell the *mobiles* first until he had satisfied the debt; that *iura* could both be in goods and not in the form of goods — D. 15.1.7,4; D. 42.1.15,2; and D. 1.8.1 (a text which went on to make the distinction between corporeal and incorporeal rights).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

that the giving of *iura* did not include the *bona* whose form they took. Above all, while their case turned on the language of the *donatio* to the effect that Mea gave her granddaughters her *iura dotalia*, how significant was a distinction between *iura* and *bona* to the court or to most Florentines? Finally, perhaps the best indicator of the weakness of this line of argument is the fact that the determining opinion of two other jurists totally ignored it.

The consiliar arguments of the two jurists also had a certain illogic to them. They argued that there was in effect nothing given in the *donatio*, then they argued that the *donatio* was invalidated by the later *laudum*. Logically, if the first argument carried, the second was meaningless. The order of argumentation was a concession to logic, but presenting both arguments shows that in the end they hoped only to persuade the court to a certain result, on whichever grounds. Buongirolami's argument that the dissolution of a marriage meant the end of the *dos* did not stand up well against many areas of law and practice, where the property rights of a widow and of her heirs (notably her children) were spelled out in terms of *dos*. The dowry functioned not just as a marital fund but as a woman's share of her natal family's patrimony. (56) And Ambrosini never responded to the initial argument he posed for the other side, namely that Mea's *donatio* to the girls had been *irrevocabilis*. Because he emptied the *donatio* of content by means of the *iura* versus *bona* distinction, he may have believed the issue did not require discussion. But to argue also that the second *laudum* revoked it would seem to have turned on addressing revocability. And the eventual deciding opinion for the court would turn on precisely that issue.

Ambrosini's oral arguments replicated and amplified the written arguments. (57) He again went after the fact that Mea's dotal rights had been satisfied by the Podestà and the later arbitrators. That Mea's notary, in the copy of the *donatio* submitted to the court, had

---

(56) Cf. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi*;KIRSHNER *Two Fourteenth-Century Opinions on Dowries, Paraphernalia, and Non-dotal Goods*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, n.s. 9 (1979): 65-77; and KUEHN, *Some Ambiguities of Female Inheritance Ideology*.

(57) ASF, Acquisti e Doni 139, ins. 4, fols. 12r-l4r (in Ambrosini's distinctive cramped hand), which begins « dicebam in voce ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

added reference to *bona* as well as *iura* constituted a falsehood that the court should disregard. (58) Ambrosini's second point was that the terms of the *laudum* between Mea and Salvestro transfered to the heirs, even if the *laudum* did not expressly say so (59). Thirdly, he attacked the validity of the *donatio*, claiming that Mea's testament necessarily revoked the *donatio*, for the reservation of usufruct made it a *donatio causa mortis* (as did her soon-to-follow death) — to go into effect only after her death-and thus revocable by testament. It also had not been witnessed by five persons as required by law for a *donatio causa mortis*. Finally the *donatio* was null and void because she had given away everything, which Ambrosini claimed on the authority of Baldo she could not do. (60) His fourth argument was that even if the *donatio* were considered to have been *inter vivos* and otherwise valid, it was revoked by the second *laudum*. That *laudum* carried over to the heirs, and the actions of the girls' guardian demonstrated quite clearly that they had become their father's heirs. Finally, to counter an argument raised by the other side, Ambrosini claimed that heirs could indeed be obligated by a testator's contracts (in this case, the *laudum* to which both the father and grandmother had been parties). There were plenty of doctrinal sources to back him up on this point.

Interestingly, in these oral arguments Ambrosini used almost as many references to juristic sources of authority (Bartolo, Baldo, etc.) as he had in his *consilium*, but his arguments were somewhat different. There was no pro-et-contra, but he did have to dismiss some of the support presented by the other side. His willingness to gain a particular result on whatever grounds was also more appar-

(58) That reference to *bona* was new and not « in antiquo et vero ac originali protocollo » appeared obvious because it was made in the margins. (This argument, of course, came from a jurist who had made marginal additions to his own *consilium* and probably did not want the court to think any less of them for being marginal.) Bartolo and Angelo were cited to provide buttressing for this position.

(59) Here (ibid., fol l2v) citations to canonists rained down (Pietro d'Ancarano [1330-1416], Ostiense [d. 1271], Antonio da Butrio [1338-1408], Giovanni da Imola [d. 1436], Francesco Albergotti [d. 1376] — a figure with Florentine connections). On Albergotti, see Julius KIRSHNER, *Messer Francesco di Bici degli Albergotti d'Arezzo, Citizen of Florence (1350-1376)*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, n.s. 2 (1972): 84-90.

(60) *Ibid.*, fol. 13r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ent. He had to allow for the fact his opponents would again have their day in court.

Counterarguments and Decision

The next day, 2 March 1452, Antonio Gherardi and Filippo Rinieri returned to the Magistrato de' Pupilli to give their *replicatio* to the Nardi side's *exceptio*. (61) They began with the argument that mothers and sons could undertake contracts with each other, and not just because of issues between them but also to clarify obligations for third parties. That was what Mea and Salvestro had done. They had made certain « that between the mother and son there did not occur another obligation to another effect, seeing as the mother did not remarry and remained with the son » (62). Here, then, they were inferring that Mea had been a good widow, conscientious and concerned with the welfare of her son, rather than the interests of her natal lineage to which, by statute, she had rights to return and support in widowhood. The *laudum* overturning her *donatio*, however, was suspect for its lineage-based machinations. As one of the arbitrators who overturned the *donatio*, Andrea Nardi had rendered a decision in his own interest. The *laudum*, claimed Gherardi, was thus unjust and inequitable. It should not harm the interests of the granddaughters, who were not directly parties to it. (63) At this point Gherardi and Rinieri too produced a *consilium*, which they claimed showed « what reason, justice, truth, and equity want » in the case in order to counter the Nardi *consilium*. (64) They did not identify which jurists they had consulted. Unfortunately I have not succeeded in unearthing a copy of this *consilium*. It would be more than interesting to have it to compare to the efforts of Ambrosini and

(61) ASF, Magistrato de' Pupilli 70, fols. 214r-v.

(62) *Ibid.*, fol. 214r: « Però che tra 1a madre et il figliuolo non aveva achadere altro obligho ad altro effecto con ciò sia che la madre non fusse rimaritata et stessesi col figliuolo. . . . ».

(63) *Ibid.*, fol. 214v.

(64) *Ibid.*: « et che ciò sia il vero dicono et alleganno in favore delle dette pupilli uno consiglio di dottori solenne, il quale ne dimostra quello ne voglia la ragione, la giustitia, la verità, et la equità ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Buongirolami, or even to know what jurist or jurists wrote it. Its arguments against the second laudum — and this is the first time such arguments were offered in the case — were undoubtedly important. Perhaps in anticipation of that tactic, Ambrosini and Buongirolami put more of their weight on emptying the *donatio* (of *iura*) of any effect.

Faced with conflicting rules of law, authorities, and jurists, the magistrates of the Pupilli commissioned yet other jurists to advise them. This move to a *consilium sapientis* was sanctioned in *ius commune* and in Florentine statutes. By statute, moreover, the judges were obligated to decide in accordance with the advice given them. (65) Hence the resulting brief *consilium* was written into the record (in Latin) as the basis for the subsequent decision.

The jurists commissioned by the Pupilli were Tommaso Salvetti (1390-1472) and Otto di Lapo Niccolini (1410-70). These two were well versed in the city's laws and politics. They came from prominent families. Salvetti also authored an extensive commentary on that section of Florence's statutes dealing with matters of private law and procedure, such as dowry and inheritance, relevant to the Nardi-Rinieri case. (66) Their opinion (perhaps mainly the work of Salvetti, who was older and whose signature appears first) favored the Rinieri girls.

The *donatio* to the girls was *irrevocabilis*, they said. Only its execution regarding usufruct was suspended until Mea's death. She remained owner of the usufruct through her life and could dispose of that by her testament, but her testament could not take away the *ius* given to the girls by her *donatio*. Mea could make a testament regarding this usufruct, but not regarding the substance of the *donatio*. The argument for the Nardi that the testament invalidated the *donatio*, therefore, was no good. The language of the *donatio* showed that it was framed as irrevocable; even in the case of ingratitude on the part of the girls it could not be broken. The second *laudum* did not overturn the *donatio*. The grounds alleged in that *laudum* for invalidating the *donatio* did not hold, because the

(65) On these aspects of law, see Guido Rossi, *Consilium sapientis iudiciale: Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico* (Milan: Giuffrè, 1958).

(66) On these men, see Martines, *Lawyers*, 493, 501.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

girls were acting not as Mea's heirs but as the receivers of her kind gift. Nothing was said about them being their father's heirs (67).

The mode of argumentation in this *consilium* was incisive and short. There were only nine citations of civil law texts. No jurists were mentioned. No pro-et-contra presentation drew out the arguments. The language of the *donatio* proved controlling, but the entire issue of whether *iura* meant *bona* was not even alluded to. Not a word was said about the settlement of Mea's dotal claims. The point seems to have been that Mea had something to give, and she gave it, and in her reservation of usufruct she had something to testate, and she had. And there was the seeming common sense observation that the girls were claiming to be beneficiaries of Mea's largesse, not her heirs. They would, in fact, have been ill advised to accept the terms of a testament that reduced their share to a third.

The Magistrato then reached its verdict: « We pronounce, declare, and judge [according to] the said *consilium* and what is contained in it. ».

Conclusions

In his assessment of the juridical field, Bourdieu poses the following distinction between professionals and laymen:

The professionals create the need for their own services by redefining problems expressed in ordinary language as *legal* problems, translating them into the language of the law and proposing a prospective evaluation of the chances for success of different strategies. There is no doubt that they are guided in their work of constructing *disputes* by their financial interest, but they are also guided by their ethical or political inclinations, which form the basis of their social affinities with their clients. Above all, they are guided by their most specific interests, those which are defined by their objective relations with other professionals. . . . The functioning of the juridical field tends to impose the effect of closure, visible in the tendency [of] judicial institutions to produce truly specific traditions, in categories of perception and judgment which can never be

(67) This *consilium* is in ASF, Magistrato de' Pupilli 70, fols.214v-215r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

completely translated into those of the non-professional. Juridical institutions produce their own problems and their own solutions according to a hermetic logic unavailable to laypeople (68). Law is a language unto itself and, ambiguously, also a language for society. At the least, advocates have to spell out rights and procedural options to their clients. In the medieval civil law and the court system of Florence, the jurists also had to get the law across to the judges. As a result, « the practical content of the law which emerges in the judgment is the product of a symbolic struggle between professionals possessing unequal technical skill and social influence. They thus have unequal ability to marshall the available juridical resources through the exploration and exploitation of ' possible rules ', and to use them effectively, as symbolic weapons, to win their case » (69).

The problems we face in assessing this « event » are several. Why did the one side win out over the other? And what do we mean by « side » — the arguments? the litigants? the jurists? And did this litigation bring closure to the disputants? Did the event actually end there, or only our record of it?

Within the court (the Magistrato acting as a tribunal) it was the jurists who dominated, for all that the terms of dispute were framed by the litigants in part and the decision was in the hands of the six officials. The jurists' employment of technical terms, the doctrines of *ius commune*, the *communis opinio* gave a universal cast of validity to the proceedings. Yet as local practitioners these jurists could also slide their arguments into a context of statutes, legislative concerns, and notarial formulas. The persuasive balance of technical arguments from both sides resulted in a briefer, more cryptic, but more aloof and impartial decree of where justice lay, as determined by *sapientes* (70).

The *consilium* of Ambrosini and Buongirolami was out to sway the court. As much as it purported to draw inexorable conclusions

---

(68) Bourdieu, *The Force of Law*, 834.

(69) *Ibid.*, in this regard esp. 821-27, 839. See also Julius Kirshner, *Some Problems in the Interpretation of Legal Texts re the Italian City-States*, in *Archiv für Begriffsgeschichte* 19 (1975): 16-27.

(70) Cf. Mario Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna* (Bologna: Il Mulino, 1989), 23-27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

from law, it was a rhetorical device — or rather an assembly of rhetorical devices. It operated with a technical vocabulary and reduced the tremendous social issues to matters of meaning of terms like *iura, bona, donatio*. The frequent citation of authorities was central. So too was the extensive presentation of arguments on both sides, with the dismissal of counterarguments. Equally important were the elements left out. Use of the term *iura* in the *donatio* was incessantly hammered at, use of the term *irrevocabiliter* was not; nor was attention focused on Andrea Nardi's presence among the arbitrators.

The task for Salvetti and Niccolini was different. They had to reach and justify a solution. They were not engaged in dialogue with other professionals on the other side; they were speaking to and for laymen who served as judges in the case. They too did not need to consider all arguments, and they did not need to present a balance of positions rejected on the other side. They needed only sufficient justification for their findings.

The jurists in this case knew each other. In other cases they would be found arguing the same side or for the same decision (71). Once jurists were commissioned by both sides, one side's advocates were bound to lose; and in the procedural situation in civic courts of Italian cities, the jurists offering the deciding opinion were simply those appointed for that task, rather than for formulating arguments *pro parte*. This is not to deny that there were weaknesses in the Nardi case as presented by Andrea Nardi and his advocates, but until we possess the arguments offered for the other side we have to allow that there were holes to be found there as well. In any case, there *were* legal arguments on both sides. Salvetti and Niccolini could also have generated an opposed solution that seemed equally well to rest within, and follow from, the principles of law applicable to the case. The option they chose, therefore, had both legal and cultural resonance (72).

---

(71) As examples, Niccolini worked with Ambrosini in one case (B[iblioteca] N[azionale Centrale], F[irenze], Panciatichiano 139, fols. 127r-32v) and with both Ambrosini and Buongirolami in another (BNF, Magliabechiano XXIX, 193, fols. 72r-81v).

(72) Cf. Jacques Anthony PLUSS, *Reading Case Law Historically: A Consilium of*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In legal terms, at first sight, this case and its *consilia* seem to have offered little of value. Doctrines would not be reformulated, lectures would not be rewritten because of anything said by these jurists. But its lack of doctrinal implications is not the consequence of the case's resting largely on facts alone. Law was surely implicated. The law/fact distinction is part of the law, and « deciding the law and deciding the facts [are] not different stages of a syllogistic process but [are] rather all mixed up together » (73). The facts could never speak for themselves. Indeed, the description of the events of this case (as of every other) was constructed from terms with legal meaning (e.g., testament, gift, possession, right). However, these terms also had ranges of nonlegal meaning, or were at least subject to nonlegal use. The jurists had to narrow (though not fully close) the gap between the legal and nonlegal meanings of events. In this realm where legal fictions could be constructed, they erected fictions of sorts. Ambrosini and Buongirolami rendered Mea's *donatio* as fictitious, of no effect, because it had given away nothing-as if that had ever been what she understood herself to have been doing at that moment. But beyond her intent, if the *donatio* were to be voided on the basis of a distinction between *iura* and *bona*, the decision might prove tenuous as a precedent for other Florentines to go to court and similarly argue to void *donationes*. Such a result may have seemed untenable to jurists like Salvetti and Niccolini, as well as to the judges. Perhaps for that reason the strategy of Ambrosini and Buongirolami failed. Salvetti and Niccolini, for their part, similarly emptied her testament of significance (74).

What the jurists did in the Nardi-Rinieri case was construct competing narratives. Theirs were not the only narratives that could have been constructed. Issue might have been made of the authority of a woman to own and dispose of her dowry in the face of heirs. Mea's rights to leave portions of her dowry to her brothers were not

---

Baldus de Ubaldis on Widows and Dowries, in *American Journal of Legal History* 30 (1986): 241-65, especially his concluding observations.

(73) Kim Lane Scheppele, *Facing Facts in Legal Interpretation*, in *Law and the Order of Culture*, ed. Robert Post (Berkeley: University of California Press, 1991), 42-44.

(74) Cf. *ibid.*, 56-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necessarily unequivocal in the law. (75) Issue could have been made of Mea's intent as a testator. The *mens testatoris* was an important interpretive device in inheritance cases, and it could have played a part where the intent behind the *testamentum* would seem to have been so different from that behind the *donatio*. Even narrative strategies pursued in the course of oral arguments were not touched in the concluding version. Salvetti and Niccolini chose not to overturn the second *laudum* on the grounds of Andrea Nardi's duplicitous involvement in it. It may have been easier to deny an event legal significance than to deny it happened — or cancel it. And it may be that the litigants pursued different narratives before different tribunals. (76) But before the Magistrato de' Pupilli the story became that the woman had irrevocably given her dotal properties to her granddaughters and her later testament was a useless gesture. Though there is no self-evident nature of a case to be worked from, once its characterization was written down for the court it seemed always to have been what it became, and the legal result simply seemed to follow (77).

This case told Florentines several things about the operation of law in their city. It showed them how professional it was, to be sure-from the arguments of the jurists to the texts of the notaries. It showed them that the magistracy dealing with guardianship would follow the law and protect the interests of the city's young wards. It would act to enlarge the holdings of those with whose care it was charged, including females. In this case the social value of these girls was asserted and their ultimate marriage prospects may well have brightened by being able to hold onto their paternal grandmother's dowry property. But as the actual *bona* came from the Rinieri family,

---

(75) Whether the laws of Florence or the ius commune. See BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi*; Jacques PLUSS, *Baldus de Ubaldis of Perugia on Dominium over Dotal Property*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 52 (1984): 399-411; Julius KIRSHNER, *Two Fourteenth-Century Opinions on Dowries, Paraphernalia, and Non-dotal Goods*.

(76) See my *Dispute Processing in the Renaissance: Some Florentine Examples*, in my *Law, Family, and Women*, chap. 2.

(77) Cf. Joseph VINING *Generalization in Interpretive Theory*, in *Law and the Order of Culture*, 1-12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

they would remain with that family — at least until their girls married and took it (or an equivalent) with them (as dowry or nondotal goods?) to their husbands (if indeed they survived and married). It showed them also that the properly conducted legal actions of women would be upheld and that their rights were convertible into tangible assets. Thus their *donationes* and *lauda* would stand, and their dowries would be subject to the rules of restitution, with all that that implied for the transmission of property and the futures of lineages. Widows like Mea would be able to dispose of property to their granddaughters, or otherwise, even as those dowries would be recapitalized in the husbands' assets. For all of Florence's evident patriarchy, tempered by paternalistic devices to protect « weak » women, it was through these women that a considerable flow of wealth occurred.

We are reminded by this case of the multifunctionality of dowry in a Renaissance city-state and of its consequent prevalence at the center of family disputes. These disputes were the result not of greed or even conflicting rational strategies solely, but also of obscurity and ambiguity in the relevant normative grid:

Regulation of common law and statutory regulation, individual statutes among them, territorial or personal application of the norms, opinions of jurists all differed on occasion — how understandable that within and outside families one did not find firm direction!

From suits they passed thus to opinion of 'technicians' because the more obscure the regulation the more they thought of jurists as resolvers of every problem. But even these 'took the middle road' as they were able, and the cases never finished. (78) Where it was not possible for the legal experts to agree, how could laypeople hope to find consensus? or even arrive at a sense of closure? One instance of adjudication constituted only one event in a dispute. The sentence need not have resolved anything definitively here. The sentence set a basis and acted as a bargaining counter frequently in a subsequent arbitration. Indeed litigation could figure as a tactic to bring a

(78) Gian Savino Pene Vidari, *Dote, famiglia e patrimonio fra dottrina e pratica in Piemonte*, in *La famiglia e la vita quotidiana*, 109-21, at 120-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reluctant party to arbitration (79). The ultimate disposition of the matter remains beyond the scope of the archival documentation assembled for this essay.

Another reason there is ambiguity here is that the essential tensions and contradictions in the social processes implicated in these events were left unresolved, indeed essentially untouched by the handling of the case. Matters of family property and continuity were left legally irrelevant. It was the smaller (more substantive?) and less ideological issues that proved the locus of resolution, that became the point where social and legal processes in Renaissance Florence, in this case and others, though by no means in all, intersected.

(79) For an example, see my *Conflicting Conceptions of Property in Quattrocento Florence: A Dispute over Ownership in 1425-26*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 14 (1985): 303-72, reprinted with additonal archival information in *Law, Family. and Women*, chap. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E. BETTI, *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti,* a cura di Giuliano Crifò, Milano, Giuffrè (Civiltà del diritto, 53), 1991.

Con il cinquantatreesimo volume dei ' classici ' del diritto della benemerita collana dell'editore Giuffrè, Giuliano Crifò presenta al lettore un'ampia raccolta di scritti di Betti che, disposti in ordine cronologico in uno spazio di più di seicento pagine, offrono importanti testimonianze della riflessione bettiana in un arco di tempo (dal '19 al '68), che coincide in sostanza con l'intera parabola produttiva dell'autore.

Che il pensiero di Betti costituisca un elemento essenziale del Novecento giuridico italiano (e non solo italiano) è un dato, mi sembra, ormai acquisito e pacifico: tanta parte del dibattito teorico-giuridico italiano degli anni centrali del nostro secolo ci sfuggirebbe se si prescindesse dai contributi di Betti. Certo, la rilevanza del suo pensiero non è immediatamente evidente e la sua ' fortuna ' è in qualche modo paradossale. La sua posizione può apparire, nel concerto delle voci a lui contemporanee, appartata, o addirittura isolata: il suo linguaggio, la sua formazione culturale, se, per molti aspetti, appaiono solidali con la tradizione giuridica italiana, per altri versi se ne distaccano radicalmente. Le preoccupazioni metodologiche, i problemi teorici che egli affronta non sono certo estranei alla civilistica e alla romanistica della sua epoca: quei problemi però che il giurista ' medio ' tendeva a impostare e risolvere sulla base di coordinate prevalentemente interne alla propria tradizione disciplinare vengono affrontati da Betti attraverso una inedita e sempre più impegnativa dilatazione della loro immanente ' filosoficità '. Certo, non che il giurista ' medio ' dell'epoca fosse assolutamente refrattario ad aperture o a ' civettamenti ' filosofici (o sociologici): non si rifuggiva da ' prestiti ' o suggestioni che servissero episodicamente ad arricchire l'argomentazione interna alla tradizione disciplinare. L'itinerario di Betti è però ben diversamente impegnativo: egli non è un giurista che utilizza rapsodicamente espressioni lessicali o stilemi ' filosofici '; è piuttosto un giurista che, affrontato, sul terreno del giuridico, un problema determinato, ne mette in luce per successivi approfondimenti le radici e le implicazioni teoretiche, lo proietta quindi nel cielo della ' filosofia ', si fa egli stesso, non episodicamente, ma radicalmente ' filosofo ' e torna infine al problema di partenza per risolverlo, e in qualche modo dissolverlo, nel flusso di un discorso assai più ampio e comprensivo.

Si comprende quindi agevolmente la difficoltà per il giurista ' medio ' di intendere fino in fondo e di trovare congeniale il singolare *modus procedendi* bettiano. Si aggiunga poi un'altra difficoltà: la filo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sofia dall'interno della quale Betti intendeva parlare al giurista era, fra le varie filosofie disponibili, forse la meno familiare, la più ostica al giurista. Questi si era finalmente abituato a frequentare gli Spencer, i Comte, gli Schäffle e già trovava non poche difficoltà ad accogliere le novità neoidealistiche; ma era del tutto ignaro di quella riflessione ermeneutica che, in terra tedesca, si era venuta sviluppando da Schleiermacher a Dilthey a Gadamer: che è per l'appunto la tradizione di pensiero che Betti ripercorre criticamente dall'interno (non senza continui confronti con almeno due autori per lui altrettanto fondamentali, Hegel e Nietzsche), attraverso una conoscenza profonda e puntigliosa dei testi, puntando a quella teoria generale dell'interpretazione che costituirà il momento culminante del suo lavoro teorico.

Non era un lavoro, quello in cui Betti si sarebbe continuativamente impegnato, che il giurista ' medio ' poteva seguire, non dico agevolmente, ma anche solo simpateticamente. Non era peraltro un lavoro che si prestasse ad una facile comprensione nemmeno da parte del filosofo. Non si trattava solo di una banale reazione ' difensiva ' nei riguardi dell'*outsider.* Contavano piuttosto due circostanze: Betti continuava a connettere ermeneutica generale ed ermeneutica giuridica, parlava da filosofo ma guardava con sempre rinnovato interesse al giuridico; e poi, ancora, la filosofia italiana a lui contemporanea batteva in sostanza strade che incrociavano solo marginalmente i testi e i problemi che stavano a cuore al nostro autore.

Relativamente isolato di fronte ai giuristi e ai filosofi della sua epoca, la fortuna di Betti è stata invece, negli ultimi anni, crescente in entrambi i settori disciplinari. Con la brillante affermazione, anche in Italia, dell'ermeneutica, l'attenzione dei filosofi (1) alla produzione bettiana è andata di pari passo con la ' riscoperta ', da parte dei giuristi e degli storici del diritto (2), del valore-chiave della riflessione di Betti nel dibattito teorico-giuridico del Novecento.

Di questa rinnovata fortuna la raccolta dei saggi bettiani curata da Crifò è un episodio importante. Nell'interessante introduzione il curatore pecca per modestia nel presentare l'antologia come « riduttiva e insufficiente a dar conto » del significato complessivo dell'opera di Betti. Direi, al contrario, che la raccolta si rivela il frutto di una scelta felice tanto nel ' nome ' (nel titolo assegnato al volume) quanto nella ' cosa ' (nei testi proposti all'attenzione del lettore).

Ad un primo sguardo, l'antologia sembra comporsi di testi fortemente eterogenei e chi si accosti ad essa inconsapevole della singolare personalità dell'autore antologizzato non potrà evitare un qualche

(1) Cfr. ad esempio l'ottimo lavoro di T. GRIFFERO, *Interpretare: la teoria di Emilio Betti e il suo contesto,* Torino, Rosenberg e Sellier, 1988.

(2) Cfr. ad esempio i saggi compresi nel numero monografico, dedicato a Betti, dei " Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno " (VII, 1978).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disorientamento: da Nietzsche ai negozi giuridici romani, dalla *querelle* su ' storia e dogma ' al problema del processo, il libro sembra mancare di una percepibile unitarietà. In realtà, basta prendere a leggere con la dovuta attenzione i testi per intendere come i saggi raccolti nell'antologia costituiscano testimonianze di un impegno culturale che ha mantenuto una sua precisa coerenza, pur dispiegandosi entro un arco di tempo molto vasto ed avvalendosi di un'orchestrazione tematica varia e complessa.

Il titolo dell'antologia è a mio avviso efficace appunto nel racchiudere in una formula le linee tematiche lungo le quali si dispongono facilmente tutti i testi antologizzati: che costituiscono così momenti di un discorso dove i problemi di metodo si prolungano naturalmente nella riflessione ermeneutica per illuminare poi congiuntamente, e in profondità, aspetti diversi dell'esperienza giuridica.

Credo che un esempio probante della circolarità e reciproca inerenza dei temi indicati sia offerto proprio da quello che è stato forse (almeno all'epoca della sua prima formulazione) il più noto e discusso dei testi bettiani: *Diritto romano e dogmatica odierna.* Il problema in esso affrontato è tipicamente metodologico: si tratta di individuare la strada migliore per giungere in un certo luogo, si tratta di mettere a punto un approccio convincente ed efficace per la comprensione del diritto ' trascorso ', del diritto consegnato ad un tempo e ad un contesto determinati. È un problema su cui Betti torna con insistenza in tutto l'arco della sua produzione: affrontato nella prolusione del '27, questo tema riceve ancora l'attenzione del nostro autore nel Congresso della Società Italiana di Storia del diritto nel '63. L'antologia proposta da Crifò ci dà appunto la possibilità di seguire i vari momenti della riflessione bettiana su ' dogma e storia ', la genesi e il consolidamento della sua proposta metodologica.

' Metodo ', dunque, come primo, importante filo conduttore dei saggi bettiani: la sua importanza però non è, per così dire, solo quantitativa, non nasce semplicemente dal suo frequente riproporsi *ut sic* nella produzione del nostro autore, ma deriva dalla sua intrinseca virtù ' irradiante ' e produttiva. È infatti sospinto dall'urgenza della domanda metodologica che Betti intraprende il suo lungo e solitario cammino verso l'ermeneutica: la domanda sul metodo, in Betti, è così poco, se mi si passa il bisticcio, ' metodologica ' dal richiedere ben presto un radicamento ed una fondazione schiettamente filosofici. Il metodo si prolunga dunque naturalmente in ermeneutica e questa sempre più ambiziosamente si propone non come una riflessione ' locale ', interna ad una determinata provincia del sapere, ma come una visione generale dell'intendere, una teoria di quel rapporto soggetto-oggetto, interprete-forme rappresentative, che costituirà sempre più chiaramente per Betti la struttura portante delle più diverse operazioni interpretative.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questa impresa, tanto ambiziosa quanto motivata e rigorosa, il continuo confronto di Betti con i ' suoi ' autori, con la tradizione dello storicismo e dell'ermeneutica, in genere con la filosofia tedesca, è necessario e fecondo — ne offre testimonianza il nostro volume principalmente con un saggio, di grande respiro, su Nietzsche —, ma non è mai autonomo e concluso in sé: le letture dei filosofi, le riflessioni ermeneutiche sono sempre disposte a ricadere sul terreno del giuridico, a trovare quel diritto che costituisce per Betti non un provvisorio e angusto osservatorio, ma lo stimolo e l'alimento della sua avventura intellettuale.

Ritrovare il diritto significa certo ritrovare le norme, gli istituti, le forme dell'organizzazione, ma significa anche e soprattutto cogliere, sul terreno del giuridico, l'occasione di verificare e approfondire le ipotesi raccolte nelle lunghe peregrinazioni ermeneutiche: significa approfondire il versante specificamente ermeneutico dell'esperienza giuridica. Anche da questo punto di vista, i saggi raccolti da Crifò offrono un panorama esemplare delle riflessioni bettiane. Interessantissimo, fra questi, il saggio *Interpretazione della legge e sua esperienza evolutiva.* Si ritrovano in esso, esposti con grande chiarezza, i temi principali dell'ermeneutica giuridica bettiana, le sue ' dichiarazioni di fede ', le sue idiosincrasie: il suo generoso quanto improbabile tentativo di conciliare in una ' classica ' armonia le opposte ragioni del ' soggetto ' e dell' ' oggetto ', la ' creatività ' del soggetto e l'autonomo significare della ' forma rappresentativa ', la sua insofferenza verso il radicalismo ermeneutico kelseniano, la sua diffidenza verso le inquietudini (anch'esse troppo ' soggettivistiche ') di Ascarelli. Ma si tratta solo di un esempio. In realtà, ogni saggio, noto o meno noto che sia, si rivela ricco di suggestioni ed efficace nel fornire al lettore una rappresentazione emblematica del patrimonio ideale del nostro autore.

PIETRO COSTA

Detlef, DORING, *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biografie Samuel von Pufendorfs und zu seiner Entwicklung als Historiker und theologischer Schriftsteller,* (Historische Forschungen, Band 49) Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 272.

Dalla pubblicazione del fondamentale libro di H. Denzer nel 1972 è questo il primo studio offertoci dalla storiografia tedesca che innova radicalmente le nostre conoscenze relative a S. Pufendorf e che, se non andiamo errati, segnerà una pietra miliare nella storiografia pufendorfiana.

A differenza del libro di Denzer, che voleva offrire una presentazione e un'interpretazione globale del pensiero dell'autore sassone, questo di Döring è una raccolta di tre ampi saggi dedicati a tre aspetti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della figura di P. considerati a ragione dall'autore come trascurati dai suoi studiosi: vale a dire, la biografia, l'attività come teologo e quella come storico. L'ultimo terzo dei libro è dedicato alla pubblicazione di alcuni documenti — inediti o poco conosciuti — relativi ai temi toccati nelle prime tre parti, nonché a un'amplissima bibliografia degli studi su P., comprendente 757 titoli.

E per cominciare da quest'ultima, lo studioso di P. e della cultura del XVII sec. non sarà mai abbastanza grato al suo autore per questo meraviglioso strumento di lavoro. Non si tratta, infatti, della solita lista in ordine alfabetico di titoli, della cui effettiva rilevanza ed utilizzazione il lettore non riesce a farsi un'idea precisa, e che sta lì piuttosto a dimostrare le conoscenze dell'autore del libro che non a servire il lettore. Si tratta, invece, di una bibliografia divisa per argomenti (ad es.: familiari di P., oppure P. in Svezia, P. a Berlin, Nachlaß, etc.). Particolarmente utile e ben fatta è la sezione « P.'s Beziehungen zu seinen Zeitgenossen », in cui si elencano, in ordine alfabetico, tutti i personaggi con cui P. ebbe contatto (ad es. Königin Christine von Schweden, D. Huet, G.W. Leibniz) e per ciascuno si dà l'elenco degli scritti che toccano il tema della loro relazione. È incredibile la conoscenza delle più riposte pubblicazioni dal 1700 ad oggi, soprattutto di lingua tedesca (ma un posto privilegiato ha anche la storiografia svedese), che l'autore dimostra. Suo grande merito è quello di aver visto con i propri occhi la stragrande maggioranza delle pubblicazioni che cita. Quando non lo ha fatto, ne ha onestamente avvertito il lettore. È questo il caso, ad esempio, di una dissertazione accademica discussa a Lund nel 1781 da Christian Wåhlin, sotto la presidenza dei professore di storia Erland Sam. Bring, che ha come oggetto la vita accademica di P. a Lund (n. 221 della bg.). In questo caso, tuttavia, Döring, fidandosi della testimonianza di Almquist — uno storico successivo del periodo lundense di P. — cede alla tentazione di liquidare come « von minderer Bedeutung » uno scritto che non conosce (p. 32). Al contrario, la dissertazione in questione è molto interessante. Essa è infatti fondata sull'esame dei protocolli dell'università di Lund, i cui luoghi riguardanti P. erano stati già elencati da J.J. Doebeln, *Regiae Academiae Lundensis Historia a prima eius aetate ad finem anni 1738,* Lundini Gothorum 1740, Continuatio: pp. 194-95 (uno scritto che non compare nella bibliografia di Döring). L'autore della dissertazione di Lund riproduce fedelmente e commenta tutti i luoghi del protocollo in cui si menziona Pufendorf, fino allo scoppio della lite con Nicolaus Beckmann. Da questi passi viene fuori un'immagine molto vivace di P. (per non parlare dell'esatta datazione di due suoi viaggi a Stockholm), che, nella penuria delle notizie biografiche documentate, lamentata giustamente da Döring, non va assolutamente sottovalutata. Comunque, a parte questo episodio minore, leggendo il libro di Döring si ha l'impressione che egli abbia visto tutto quello che è stato detto su P. e che ulteriori ricerche non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aggiungeranno che dettagli di secondo piano al quadro della storiografia pufendorfiana che egli ci offre.

Lo stesso discorso vale per le ricerche d'archivio che sono alla base del capitolo *Probleme der Biographie Pufendorfs.* Anche qui si ha l'impressione che, se non è riuscito Döring — con la sua meravigliosa conoscenza dei fondi d'archivio tedeschi e delle referenze bibliografiche più improbabili — a chiarire i molti punti oscuri che restano nella biografia del nostro autore, non vi riuscirà più nessuno. A Döring è comunque riuscita una messa a punto ed una rettifica dei dati traditi della biografia pufendorfiana, che si fonda 1) sulla « riscoperta » dei contributi dei biografi del XVIII sec. e quindi sulla rettifica dell'immagine ottocentesca di P. ereditata dal nostro secolo (È a questo proposito molto divertente la presentazione ironica della brillante e romanzesca ricostruzione della personalità dell'autore sassone offertaci da Treitschke (pp. 22-24)); 2) sullo studio degli atti conservati nell'archivio dell'Università di Jena, nella biblioteca universitaria di Frankfurt/M. e negli archivi di Weimar, Gotha e Altenburg, che documentano un episodio della biografia del nostro autore sfuggito a quasi tutti i suoi studiosi. Che io sappia, infatti, solo K. Varrentrapp, nella recensione all'edizione curata da E. Gigas delle lettere di Pufendorf a Christian Thomasius, apparsa nei « Preussische Jahrbücher » (88, 1897, pp. 167-70), accennava in nota (p. 169) — indicando anche una delle sue fonti di informazione (vale a dire la corrispondenza tra E. Weigel e H. Ludolf conservata nella Stadtbibliothek di Frankfurt/Main) — al tentativo fallito, fatto nel 1664 dal professore di matematica E. Weigel, maestro di P., di ottenere che la cattedra di Morale e Politica, resasi allora disponibile, venisse ricoperta dal giovane professore di Heidelberg. Lasciamo al lettore il gusto di scoprire perché le complicate trattative intercorse tra l'Università di Jena e le varie corti ernestine (in qualità di Erhalterstaaten dell'Università), nonchè di queste ultime tra loro, si conclusero con la caduta della candidatura di P. Notiamo solo che non si comprende bene perché, nella Quellenanhang, Döring non abbia pubblicato, insieme alle altre che documentano questo episodio, proprio la lettera decisiva: quella di Johann Ernst von SachsenWeimar a Ernst von Sachsen-Gotha dei 12.12.1664, che contiene il vero motivo dell'opposizione alla candidatura di P. (pp. 51-52). La pubblicazione degli altri documenti inediti riguardanti questo episodio è stata, infatti, un'ottima idea dell'autore. Avere a disposizione quei documenti permette, in effetti, al lettore di farsi un'idea personale della vicenda e di controllare, se ne sente il bisogno, l'interpretazione e il riassunto offertone da Döring. Chi scrive, ad esempio, si era domandata come fosse possibile che, nell'autunno del 1664, Weigel facesse riferimento a « eine lobende Äußerung [su P.] des angesehenen Straßburger Juristen J. H. Böcler » (p. 47). Essa aveva infatti ben presente il feroce giudizio espresso solo un anno prima, nel 1663, sul giovane P. dal filologo e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurista di Strasbourg, in una nota lettera al barone di Boineburg. In effetti, chi legge la lettera di Weigel (*Anhang* 2) apprende che « der berühmte Böclerus in seinem letzen Tractat über den Grotium dieses Subjectum [i.e. P.] zu so unterschiedenen mahlen und allzeit mit dem titulo Clarissimi Viri citiret » (p. 180). Il che è, certo, da parte di Weigel, un'abile utilizzazione del fatto delle citazioni pufendorfiane nell'opera di Böcler, nonché dell'abitudine — corrente all'epoca — di riferirsi a un'autore contemporaneo vivente con l'appellativo « Vir clarissimus », nel senso di un giudizio positivo di Böcler su P. Tuttavia, Weigel si guarda bene dal parlare di una « lobende Äußerung », che non vi era stata, nè poteva esserci!

Il secondo capitolo, *Pufendorf als theologischer Schrifsteller* , è il capitolo più ambizioso del libro e ne costituisce, quantitativamente e qualitativamente, il cuore. Esso si apre (come d'altronde gli altri due capitoli) con un'utilissima messa a punto dello stato della critica su questo tema. Segue un interessantissimo paragrafo su *Pufendorfs Partner in der Diskussion theologischer Fragen*, che ha il suo punto forte nella trattazione dei rapporti tra P. e il pietismo, rapporti mediati dalla personalità del teologo di Leipzig, nonché genero di Spener, Adam Rechenberg, del cui *Nachlaß* nella biblioteca universitaria di Leipzig, Döring è un profondo conoscitore. Un altro personaggio centrale di questo paragrafo è il teologo di Rostock Justus Christoph Schomer, in quanto destinatario di una lettera di P. del 6-10-1690, che ha come tema la « teologia morale ». Questa lettera ha, infatti, un ruolo chiave nell'interpretazione offertaci da Döring del posto della teologia nel pensiero di P. La tesi di Döring, infatti, è che l'interesse per la teologia abbia accompagnato tutta la vita intellettuale di P., ma che esso abbia assunto negli ultimi anni una dimensione propriamente religiosa, che va molto al di là dell'attenzione per i rapporti stato-chiesa e per la storia ecclesiastica, documentata dagli scritti di P. fino al *De habitu religionis ad vitam civilem* (1687), e anche al di là della preoccupazione di costruire un sistema di teologia razionale su cui potessero consentire le due confessioni protestanti, che trovò la sua espressione nell'opera postuma *Jus foeciale divinum* (1695). Si tratta della dimensione per cui il cristiano crede nella superiorità della religione, e della teologia morale ad essa collegata, sul diritto naturale puramente mondano; crede che gli uomini raggiungeranno la perfezione che è loro possibile solo quando applicheranno davvero nella prassi la morale di Cristo; crede, infine, fidando nelle profezie divine, che tale perfezione è possibile in questo mondo.

Ci troviamo qui di fronte, come è evidente, al rovesciamento della tesi tradizionale del P. secolarizzatore dell'etica, interessato solo alla funzione politica della religione, luterano sì, ma solo per tradizione familiare o sul piano strettamente intimo. In tale rovesciamento un ruolo centrale ha, come abbiamo già detto, l'interpretazione che Döring

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dà della lettera a Schomer, in cui P. esponeva lo schema di quel suo trattato di teologia morale, che aveva un tempo pensato di scrivere e che non aveva, poi, mai scritto. Secondo questa interpretazione, funzione principale della teologia morale sarebbe, secondo P., quella di assicurare l'efficacia pratica della religione cristiana nella vita sociale. Inoltre, sempre secondo Döring, P. seguirebbe qui manifestamente « chiliastischen Vorstellungen » (p. 80). Per valutare l'adeguatezza di questa interpretazione, ci aiuta, anche qui, la ristampa in appendice *(Beilage* 8) della lettera, pubblicata originariamente nella prefazione del libro di J.C. Schomer, *Theologia moralis,* Rostock u. Leipzig 1707. Leggendo la lettera, ci accorgiamo che quello che viene presentato da Döring, in una progressione gerarchica, come il culmine della *theologia moralis* (« Inhalt und Zweck der theologia moralis sei es... *vor allem* [mio il corsivo]. .. zu zeigen ' quomodo istae [die christlichen Tugenden] socialitatem in supremum et perfectissimum gradum evehant ' » (p. 80)), è, invece, nel testo di P., semplicemente l'oggetto della *pars specialis* della dottrina della teologia morale, in quanto contrapposta alla sua *pars generalis.* Mentre, infatti, nella *pars generalis* si doveva trattare, tra molti altri importanti argomenti, « de discrimine bonorum operum a Christianis factorum ab is actionibus quae ex virtute in ethnicos cadente... patrantur », nella *pars specialis*, « ubi virtutes christianis commendatae sigillatim erant explicandae, ostendendum insuper fuerat quomodo istae socialitatem in supremum et perfectissimum gradum evehant » (p. 189). Inoltre, le presunte convinzioni chiliastiche di P. si inseriscono in un contesto in cui questi ripete ancora una volta la tesi tante volte sostenuta (ad es. in *De iure naturae et gentium* II,3,14), secondo cui « post Deum homini non plus commodi et solatii accedere potest quam ab aliis hominibus et viceversa maxima malorum pars, quibus in hac vita conflictamur ab aliis hominibus proficiscitur », sicché — egli continua — se gli uomini osservassero accuratamente i precetti di Cristo [ma — bisogna qui integrare — come è noto, non li seguono], condurrebbero una vita felicissima, in cui non vi sarebbero né litigi, nè guerra, ma pace perpetua e abbondanza di tutto [vivrebbero cioè in paradiso, non nella realtà della condizione umana!]. Ché anzi si può dire — continua P. — che « se mai, come sembrano suggerire i Profeti, la condizione della Chiesa su questa terra sarà migliore, ciò sarà dovuto esclusivamente al fatto che allora i Cristiani si cureranno di esprimere nei fatti la santità del loro nome ». Il che vuol dire semplicemente ribadire la tesi, tante volte sostenuta da P., che il buon cristiano è per ciò stesso buon cittadino e che nessuna religione o morale filosofica è più adatta di quella cristiana a favorire le virtù necessarie a una pacifica convivenza.

Non ci troviamo quindi qui di fronte ad alcun superamento del diritto naturale nella teologia morale, come interpreta Döring, anche sotto l'influsso di un « pettegolezzo » al quale egli attribuisce un'importanza eccessiva. Si tratta dell'episodio raccontato dal fratello di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Schomer (curatore dell'edizione postuma dell'opera del fratello e autore della pubblicazione della lettera di P. a quest'ultimo), secondo cui P. — quando suo fratello era già morto da qualche tempo — avrebbe detto in un orecchio al prof. Müller, che, se anche non poteva dichiararlo comodamente in pubblico, egli si era convinto in coscienza che i principi di Schomer (consistenti nel fondare il diritto naturale sulla religione) erano migliori dei suoi (consistenti, come è noto, nella netta distinzione del diritto naturale dalla teologia morale). Ora, che malgrado la cautela affermata a parole riguardo a questa storiella (p. 70), Döring inclini poi a darle credito è dimostrato da alcuni fatti significativi. Il primo è che egli (del tutto in contrasto con le sue abitudini in altri casi) non faccia alcuno sforzo di sottoporre a una qualche verifica la storia. Non ci dice nemmeno, ad esempio, chi mai fosse questo prof. Müller. Il secondo è il dato di fatto che, poiché la sua interpretazione del ruolo della teologia in P. implica che questi abbia in ultima analisi rigettato quella distinzione tra diritto naturale e teologia morale che, nelle interpretazioni tradizionali, ne costituisce il vanto, l'episodio raccontato dal fratello di Schomer serve perfettamente ad accreditare tale presunta « conversione » di P. (Vedi, infatti, la sequenza argomentativa di Döring a p. 78!). Il terzo è che, mentre egli ritorna a più riprese — con citazione letterale del passo relativo — su questa diceria, sorvola poi — con un *übrigens* in nota e senza citare il passo — su un'altra testimonianza opposta, secondo cui tra P. e Schomer le cose sarebbero andate esattamente al contrario di come racconta il fratello di Schomer: sarebbe stato cioè il primo a convincere il secondo della necessità di separare diritto naturale e teologia morale (p. 71 nota 192).

D'altronde, questa tendenza, più o meno inconscia, a sorvolare sulle fonti che contraddicono la sua immagine di P. è mostrata da Döring in un'altra occasione. A dimostrazione della sua tesi secondo cui P. professava un luteranesimo assolutamente ortodosso, egli dedica due *excursus* a due episodi relativi all'atteggiamento ultraortodosso assunto da quest'ultimo in quanto membro di commissioni ufficiali, incaricate dall'Elettore del Brandenburgo di giudicare dell'ortodossia di certi autori. Si tratta di personaggi sospettati, o di ateismo e socinianesimo, come l'autore del libro *Concordia rationis et fidei* (1692), F.W. Stosch, oppure di criptocattolicesimo, come il prof. di teologia di Königsberg J.P. Pfeiffer. È naturalmente grande merito di Döring aver fatto rivivere episodi completamente dimenticati dagli studiosi di P., e per di più episodi certamente fondamentali per la comprensione della sua personalità e del suo pensiero. Tuttavia, prendiamo il caso di Stosch e del suo appello ai membri della commissione che lo doveva giudicare, che dovevano essergli sembrati più flessibili (Spener e Pufendorf). A questo proposito Döring si limita ad osservare che Stosch si era « erheblich getäuscht » in questo giudizio, come dimostra un passo di una lettera di P. a Rechenberg in cui il primo definisce il libro di Stosch « unsinnig »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e considera il suo autore un « bizarrer Kopf », uno che pensa di poter fare con la teologia gli esperimenti che aveva fatto con la medicina su se stesso, rovinandosi per di più la salute! Ora, a parte il fatto che è altamente discutibile che tali esternazioni di P. valgano a dimostrare la sua ortodossia luterana (si pensi solo, ad es., al modo ironico con cui P. esordisce: « Unser unsinnig buch De concordia rationis et fidei machet hier viel terrores »); quel che è più importante è che Döring tace — pur conoscendo le fonti che li documentano — i serissimi motivi che aveva Stosch per considerare P. come un possibile alleato. Mi riferisco a un'importante notizia tramandataci da G.G. Küster, *Marchiae Litteratae specimen Tertium, Paralipomena Ad Notitiam Concordiae Rationis et Fidei,* Berolini 17 43 (testo ristampato ora in appendice alla riproduzione anastatica del libro di Stosch con introduzione di W. Schröder, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, pp. 315-29). Küster dice di aver visto con i propri occhi un esemplare del libro di Stosch annotato dal suo autore (e un esemplare del genere era conservato alla Staatsbibliothek di Berlin fino alla guerra!), in cui questi affermava, in una nota inserita prima della pagina del titolo, che tra i libri « per quos in veritatis studio et solida scientia plurimum profeci », c'erano: dopo « Groti de veritate relig. christianae, Eiusd. de iure belli et pacis » e prima di « Hobbesii civis et Leviathan, Spinosae libri », proprio « Pufendorfi moralia » (in Schröder, p. 328). Ora, che Döring conosca questa fonte è dimostrato dal fatto che egli la cita (vedi p. 120, nota 354). Forse non sarebbe stato male, quindi, se egli si fosse confrontato con il fatto, ivi documentato, che Stosch si sentiva in qualche modo discepolo di P.!

Anche in altri casi Döring ha un pò troppa fretta di concludere in un senso favorevole alla sua tesi. In base a quali considerazioni, ad esempio, può egli definire l'ultraortodosso parroco della Petrikirche di Berlin, J.J. Lütkens, come da P. « als Gesprächspartner ja grundsätzlich akzeptiert » (p. 71), quando due pagine prima egli stesso ci ha offerto il testo di una lettera di P. a Rechenberg dell'ottobre 1690, in cui il primo diceva al secondo di non avere interlocutori per la teologia a Berlin, perché Lüdeke [= Lütkens] ad es., « ist ein treflicher textualis, allein ich kan keine sunderliche vertrauligkeit ihm angewinnem, weil er mit dem Garlaebo Gesenio [uno dei più arrabbiati critici del suo diritto naturale] verschwägert » (pp. 68-69)? Basta davvero ad accreditare l'ipotesi di un cambiamento di attitudine di P. nei riguardi di Lütkens il fatto — non dipendente certo da una scelta di P. — che i due abbiano.fatto parte insieme della commissione incaricata di giudicare dell'affare Pfeiffer? Ancora: Döring liquida velocemente l'interpretazione data da Bo Lindberg (lo studioso svedese che per primo ha scoperto il *Gutachten* di P. sul catechismo svedese di Aquin Spegel) della puntigliosa insistenza con cui P., in quel *Gutachten,* rinfaccia a Spegel la sua non conformità all'ortodossia luterana (P. dice continuamente: « si cum orthodoxa Ecclesia loqui voluisset Autor, ita debuisset

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dicere... »). Lindberg aveva ipotizzato che quest'attitudine ultra-ortodossa di P. non fosse altro che una vendetta ironica per le critiche che Spegel, in quanto teologo luterano ortodosso, aveva indirizzato contro il suo diritto naturale. Ora, non sarebbe stato male che Döring avesse dedicato qualche riga a riassumerci queste critiche. Dopo tutto, esse sono dei tutto sconosciute alla storiografia pufendorfiana e l'articolo in svedese di Lindberg non è una di quelle fonti accessibili a chiunque.

Fatte queste osservazioni, rimarrebbe da confrontarsi con il vero fulcro della tesi di Döring: e cioè con le sue molte, circonstanziate argomentazioni, legate soprattutto all'interpretazione e all'approfondita discussione del *Jus foeciale divinum.* Non è tuttavia questo il luogo per misurarsi con un'impresa del genere. Basti qui osservare che il meglio di sè l'autore lo dà nella ricostruzione delle relazioni di Pufendorf e della sua cultura. Particolarmente convincenti, ad esempio, sono le pagine (pp. 84-85) in cui egli analizza il settore teologia della biblioteca pufendorfiana (a proposito: di R. Simon P. non possedeva solo l'*Histoire de l'origine des revenus ecclesiastiques* (p. 85 nota 239), ma anche la più famosa *Histoire critique du Vieux Testament,* nascosta sotto il titolo Moses Levi *Histoire de la religion des Juifs:* 4° 124 della biblioteca pufendorfiana); oppure quelle in cui si esaminano affinità e differenze tra P. e il pietismo (pp. 103-111), o l'attitudine di P. nei riguardi della Föderaltheologie di Johannes Coccejius (pp. 91-92) o del sincretismo di Georg Calixtus (pp. 122-126). Quando invece si tratta dell'analisi dei testi pufendorfiani e delle conclusioni interpretative da trarne, l'autore riesce meno convincente e tende anche qui a confinare in nota tutti gli aspetti del pensiero di P. che contraddicono la sua tesi. (Vedi, ad es., a p. 114 nota 331, il modo in cui egli sorvola sulla politicizzazione e sulla mancanza di ogni dimensione religiosa della critica pufendorfiana a Varillas). L'aspetto fortemente politico delle prese di posizione teologiche di P. viene sì, qua e là, riconosciuto da Döring a parole (vedi, ad es., per l'affare Pfeiffer, p. 129), tuttavia, una volta pronunciato, viene subito dimenticato, e non gioca alcun ruolo nella convinzione dell'autore « daß sich Pufendorf in allen wesentlichen Aussagen der christlichen Lehre auf dem Boden der lutherischen Orthodoxie seiner Zeit bewegte » (p. 112).

Passiamo, infine, all'ultimo capitolo del libro: *Pufendorf als Historiker.* Anche in questa sezione Döring ci offre un'analisi fondata su materiali inediti e sconosciuti alla storiografia pufendorfiana: vale a dire le conferenze tenute da P. da giovane, a Leipzig, nella società erudita da lui frequentata, il « Collegium Anthologicum ». Anche in questa sezione i risultati migliori sono raggiunti dall'autore nella ricostruzione, veramente magistrale, dell'insegnamento della storia nelle scuole e nelle università frequentate da P. (Grimma, Leipzig, Jena) (pp. 154-164) e nella delineazione della natura del « Collegium Anthologicum » e dell'altra società lettteraria che lo aveva preceduto, il « Collegium Gellia-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

num », frequentato dal fratello di P., Esaias. Molte delle osservazioni o ipotesi di Döring potrebbero essere integrate o confermate da altri dati. Ad esempio, la familiarità di P. con il poeta persiano Sa'di e con il suo Gulistan (p. 169) è confermata dalla presenza nella sua biblioteca di una traduzione latina del poema, sfuggita probabilmente a Döring, perché nascosta sotto il nome del traduttore G. Gentius (12° 248.2 della biblioteca pufendorfiana).

Per concludere, il libro di Döring è finalmente un'opera dalla cui lettura si esce arricchiti di molte conoscenze nuove, di una folla di suggestioni e di problemi che richiederanno molti anni di riflessioni e di ricerche per essere sfruttati ed elaborati appieno. Già lo stesso Döring annuncia, nel suo libro, altri studi su questo o quell'aspetto, e non ci si può che rallegrare della rigogliosa prolificità di questo autore. A lui, insieme ai complimenti per i magnifici risultati raggiunti, ci permettiamo solo di dare un consiglio per il futuro. Abbia un po' più di pazienza e di cura per l'aspetto tecnico della presentazione degli importanti risultati dei suoi studi. È un vero peccato, ad esempio, che un libro come il suo (oltre a tutto molto caro!) sia sfigurato da innumerevoli errori di stampa. Inoltre, data l'enorme ricchezza di dati offertici, sarebbe stato assolutamente indispensabile un indice di tutti i nomi occorrenti nel libro, non solo il magro indice degli autori delle opere della bibliografia, che vi figura. Infine, una più stretta correlazione tra testo ed appendici sarebbe stata augurabile: spesso non si avverte nemmeno il lettore che il testo di cui si sta parlando è stampato in appendice, e, comunque, si danno i riferimenti ai fogli del manoscritto originale, invece che, come sarebbe stato più pratico, alle pagine del libro che si ha sott'occhio.

Sono questi, tuttavia, difetti minori e facilmente perdonabili a un'opera che, lo ripetiamo, segnerà una svolta nella storiografia su Pufendorf.

FIAMMETTA PALLADINI

STEN GAGNER, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen.I. Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1993, pp. 221.

Oggi che — con rinnovata e solerte utilizzazione di quella che Federico Caffè chiamava, tra l'ammonitorio e l'ironico, la « strategia dell'allarmismo economico » (F. CAFFE, *La strategia dell'allarmismo economico*, 1972, in ID., *Un'economia in ritardo*, Torino, 1976, pp. 48-60) — assistiamo ad un rituale nonché ossessivo (appunto perché a senso unico) richiamo al " rigore " economico, saremo pur tuttavia abbastanza smaliziati da non aspettarci ch'esso si traduca in un altrettale e altrettanto pervicacemente perseguito " rigore culturale "; per esem-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plificare, sarebbe cioè utopistico attendersi di veder nuovamente posto a disposizione del pubblico dei lettori (magari appartenenti a quei ceti che si sentono chiamati a produrre o piuttosto ad incarnare la cosiddetta " cultura dell'impresa ") proprio uno dei testi chiave di quella dimensione di ricerca — e mi riferisco a ADRIANO OLIVETTI, *L'ordine politico delle Comunità*, Ed. di Comunità, Roma, 1946 —, oppure aspettarsi una riedizione degli scritti di Dorso o Calogero, od ancora, in una fase di riscoperta ' nazionalistica ' della caratura ' europea ' del pensiero di Giovanni Gentile, anche solo immaginarsi una ' semi-seria ' ristampa del volume di ADRIANO TILGHER, *Lo spaccio del Bestione Trionfante. Stroncatura di Giovanni Gentile. Un libro per filosofi e non-filosofi* (1925), impresso, varrà la pena ricordarlo, presso Piero Gobetti editore in Torino: del resto, se è lecito addurre una piccola esperienza di prima mano, nel quasi totale disinteresse pare caduto il suggerimento di una ripresa delle poche ma fondamentali pagine di ALDO CAPITINI, *Elementi di un'esperienza religiosa*, pubblicato, si sa, nel 1937. In una parola, insomma, testi sottratti al (corto, nel senso di ' miope ', talora per trascuranza, talaltra per ' scienza ') circuito del mercato e della moda culturale, cadono nel cono d'ombra di una apparentemente definitiva dimenticanza, interrotta qualche volta da percorsi che rischiano di ridursi ad idiosincrasie individuali. E del tutto di proposito ci siamo astenuti dall'offrire un (lungo) elenco di opere (anche ' giuridiche ') risalenti agli anni '60: del resto, per restare stavolta nel nostro campo di competenza, or non è molto una voce che ci dicono divenuta autorevole stigmatizzava come ' corruttiva ' l'influenza (non amplissima, in verità) che avrebbe esercitato negli ambienti giuridici il pensiero del transalpino Foucault. *Sic transit* ... Eppure proprio di recente e sempre d'oltr'Alpe ci è giunto il richiamo a volgere l'attenzione sullo statuto di *revenant* e sulla *Hantise*, sulla *sopra-vivenza* a cui inevitabilmente il processo di rimozione ideologica del ' passato ' consegna, in tempi certo non esattamente ' deducibili ', proprio i contenuti e le formulazioni che si vorrebbero esorcizzare (cfr. J. DERRIDA, *Spectres de Marx*, Paris, 1993). Il nostro un po' singolare e allusivo preambolo è, però, tutto fuorché estemporaneo: i luoghi verso cui ci conduce sono diversi — e dobbiamo infatti spostarci in terra di Germania —, ma molte delle problematiche che abbiamo appena sfiorato pertengono letteralmente all'intrapresa che qui si tratta, seppur troppo rapidamente rispetto all'impegno e all'importanza, di analizzare. Anzitutto il singolarissimo statuto editoriale dell'opera in questione: siamo in senso stretto per l'appunto di fronte ad un ' revenant '.

Il ruolo e la funzione svolti da Sten Gagnér nel quadro della storiografia giuridica non soltanto tedesca sono troppo rilevanti, perché si possa anche soltanto tentare di riassumerli in una formula: dai celeberrimi *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, pubblicati proprio nel 1960 a Stoccolma, alla relazione sui presupposti dell'utiliz-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zazione della distinzione ' diritto privato-diritto pubblico ' nell'ambito del diritto canonico presentata al 7° congresso internazionale di diritto comparato tenutosi ad Uppsala nel 1966, agli scritti sul *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* e la scienza del diritto comune (1974), su Paul Roth (1975), ai più recenti *Ørsteds vetenskap, de tyska kriminalisterna och naturrättsläran* (1980), *Über die rolle der Metaphisik im neueren deutschen Strafrechtsdenken und die Frage der Einschätzung von Mittermaier, Hagerups tidskrift* e *Auswirkungen vorgefassten Denkens bei den Annäherungen an ' Defensor pacis '* (in via di apparizione: l'ultimo dei tre dovrebbe uscire in questa medesima rivista); per tacere del significativo contributo di indirizzo ed organizzazione culturale che lo vede altresì tra i promotori dell'importante collana *Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* dell'Università di Monaco di Baviera: sulla peculiarità di tale contributo dovremo tornare tra breve nel corso della disamina, ma per valutarne l'impatto complessivo basterà richiamare l'attenzione del lettore sull'ampiezza e la qualità dello ' spettro ' sia degli allievi ' coeditori ' sia dei partecipanti europei alla *Festschrift* in onore in occasione del suo settantesimo compleanno (M. Stolleis zusammen mit M. Frommel, J. Rückert, R. Schröder, K. Seelmann, W. Wiegand, hrsg., *Die Bedeutung der Wörter. Studien zu europäischen Rechtsgeschichte*, München, 1991, pp. 601). Ma chi conosca personalmente Sten Gagnér, o meglio ancora chi abbia avuto la fortuna di sperimentare sia la sua generosità nell'aiutare le ricerche di giovani studiosi, sia l'estrema serietà della sua vocazione di storico del diritto, sa con quale acribia e con quale perfezionismo egli ' lavori ', anche dal punto di vista stilistico, ogni sua pagina e con quanta umiltà sia sempre disposto ad approfondire la ricerca e a ' ritesserne ' pazientemente i molteplici e complessi percorsi: chi lo conosca per vincolo di affinità, dicevamo, non si sarà allora troppo sorpreso del richiamo derridiano con cui abbiamo introdotto il discorso. In realtà, infatti, non si tratta, come recita il sottotitolo, di un " inventario dagli anni sessanta " soltanto per il profilo dell'oggetto della ricerca — poniamo, semplificando, una storia della metodologia della *Rechtsgeschichte* di quegli anni —, ma altresì di un testo che era già ' pronto ', era già in bozze a partire dal 1963; che, inoltre — come lo stesso Gagnér ci dice —, era stato da lui ripreso con l'intenzione, appunto, di approfondirne e svilupparne la problematica ancora in bozze nel 1965 e nel maggio 1968 (p. 4), che lo ha seguito ' tematicamente ' nelle lezioni universitarie, così come nello scambio intellettuale dei seminari con dottorandi e abilitandi. Ma, vorremmo dire soprattutto, che ha già svolto una rilevante, seppur talora ' sotterranea ' — nel senso di non sempre pienamente colta dalla ' critica ', posta anche l'assenza quasi completa di analoghe intraprese ricostruttive complessive concernenti la storiografia più recente (se si fa astrazione per l'importante M. Senn, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte, Zürich, 1982, cui si può rinviare per l'ampia bibliografia, ma che non essendo a conoscenza del nostro testo e non usando neppure il lavoro di Stolleis, non è in grado di indagare questo particolare profilo) — funzione di ' ispirazione ' di talune importanti ricerche sul campo, come anche di più generali impostazioni metodologiche. Basterà a questo punto ricordare — ed è un ricordo che si colora di tristezza e rimpianto, ma anche di quella riconoscenza che già in ben diverso momento il nostro autore aveva voluto testimoniargli, a lui dedicando proprio nel volume che per tanta parte tenta, certo in forma del tutto ' sachlich ', di lumeggiarne e chiarirne l'apporto storiografico nel suo contesto temporale — che Franz Wieacker (autore nel 1952 della ' epochemachende ' *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* e già *Opponent* dell'*Habilitation* di Gagnér a Uppsala nel 1960) conosceva una prima versione di questo testo (*) ed ebbe ad utilizzarla per il suo contributo ateniese sul tema (*Der gegenwärtige Stand der Disziplin der Neuren Privatrechtsgeschichte*, Eranion Maridakis, Athen, 1963). Od ancora, che Michael Stolleis, nel secondo capitolo del suo non mai troppo lodato saggio sulle formule relative al ' bene comune ' nel diritto nazista (capitolo intitolato appunto *Gemeinwohlidee und Rechtsgeschichte*), non soltanto richiama espressamente in bibliografia la *Methodik*, ma la utilizza ampiamente per connotare le posizioni di autori come Mitteis e Dulckeit, ai quali, come si può adesso

---

(*) In bozze, con il titolo di *Prolegomena*, già dal dicembre 1961, ma assai più breve. Varrà la pena di riprodurre per esteso la lettera — citata da Gagnér a p. 2 della nota introduttiva e recante la data del 10 giugno 1962 — che Wieacker ebbe occasione di inviargli da Gottinga, perché è al contempo sintomo e diagnosi di un passaggio cruciale della storiografia giuridica tedesca ed europea e contiene inoltre un tentativo di classificazione della medesima impostazione contenuta nel volume che stiamo esaminando, che è di non poco interesse, vista la sua provenienza dalla controparte ' idealista ', per così dire: " ...Inzwischen habe ich meinen Beitrag für Maridakis-Athen: " Über den gegenwärtigen Stand der Disziplin der Neueren Privatrechtsgeschichte " ausgearbeitet und den entsprechenden Vortrag in Athen gehalten. Davon war ein starkes Drittel den eigentlich methodischen Fragen gewidmet. Inzwischen brachte hier auch im Februar ein Symposion mit Prof. Gadamer über seine philosophie Hermeneutik...weitere Klärung.

Unter diesen Umständen versetzt mich die Ankündigung, daß Sie Ihr schönes Buch noch einmal umgearbeitet haben, in eine kleine Bestürzung. Schon habe ich im Ms. Ihr Buch ausführlich zitiert und mich, weithin positiv, mit ihm auseinandergesetzt; hoffentlich hat sich nun nicht zu viel geändert. Vielleicht kennen Sie die kleine Anekdote von Johan Peter Hebel (' Schatzkästlein ') von den beiden Brüdern, von denen der eine Protestant, der andere Katholik war und die einander schließlich beide mit solchem Erfolg bekehrten, daß sie nunmehr wieder verschiedener Konfession waren. Im Ernst: ich hoffe, daß Sie inhaltlich Ihren Standpunkt nicht zu stark korrigiert haben, daß Sie insbesondere bei dem (sehr zu begrüßenden) neo-positivistischen Standpunkt geblieben sind. Technisch kann ich sicher noch die Seitenzahlen in meinen Anmerkungen nach der neuen Fassung korrigieren; denn ich erhalte die ersten Korrekturen meines Maridakis-Aufsatzes wohl erst im August. Nur haben Sie die große Freundlichkeit, mir sobald wie möglich die Umbruchkorrekturen (d.h. mit den endgültigen Seitenziffern) Ihrer neuen Fassung sobald zugänglich zu machen wie es geht ".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con evidenza prender atto, Gagnér dedicava un'attenzione del tutto giustificata: di più, per chi intenda il senso globale dell'operazione posta in essere da Gagnér con questo lavoro, è proprio l'impostazione generale della ricerca di Stolleis, la ' possibilità ' stessa cioè che nel 1974 si intraprenda a ' storicizzare ' un periodo di tale gravità e appunto perciò sino ad allora pressoché ' rimosso ' (almeno per quanto poteva concernere la storiografia giuridica), che trova le sue radici nell'affermarsi di quel punto di vista metodologico e storiografico. Punto di vista che, come abbiam visto, il medesimo Wieacker, forse con eccessiva semplificazione (cfr. p. 3), sintetizzava come " neo-positivistico ". La precocità — storicamente relativa, certo, allo sviluppo sociale e politico della Germania dei primi anni sessanta — e la particolarissima competenza anche strettamente filosofica del nostro, dovuta in parte al suo personale percorso e al suo retroterra culturale ' scandinavo ' (si vedano i numerosi riferimenti a Olivecrona, Hägerström, Hellner, Georg H. von Wright, Harald Ofstad, Els Oskaar, e cito, un pò alla rinfusa, filosofi, giuristi e *Sprachwissenschaftler*), costituiscono certo un aspetto che dovrà esser messo pienamente in luce da chi vorrà inglobare anche questo lavoro in una rinnovata disamina di storia della storiografia del diritto tedesca dei nostri giorni: rimane tuttavia inteso che l'odierno ' prender corpo ' del ' revenant ', che sinora si aggirava, ' aleggiava ', come abbiamo cercato di accennare, si giustifica non soltanto a partire dagli effetti già sviluppati nella sua più aleatoria dimensione precedente, ma bensì dalla sempre rinnovata ' legittimità ' della Fragestellung problematica (constatata con " una certa sorpresa " dall'autore, tuttavia corroborato dalla valutazione conforme di J. Rückert; cfr. p. 5).

Il punto di partenza dell'indagine — il cui tenore è allusivamente costitutivo del titolo (*Methode, Lebenswert und Krise*) del primo dei quattro ampi capitoli del volume (pp. 9-60) — è rappresentato dal ruolo chiave che spetta, per così dire, ad un nome proprio: " Mitteis ". L'immediato dopoguerra e la svolta problematica della fase della ' ricostruzione ' ovvero la modalità con la quale in sostanza la storia del diritto si apprestava a riflettere sul rapporto continuità-discontinuità con il passato nazionalsocialista e ad elaborare una propria presa di posizione (ad avviso di taluno non solo scientificamente, ma soprattutto politicamente di carattere fondamentalmente restaurativo; cfr. M. Senn; *op. cit.*, 56 ss.), viene infatti metaforizzato da Gagnér tramite l'analisi di una costellazione intra-testuale che trova il suo fulcro nell'opera *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte* (Weimar, 1947), appunto di Heinrich Mitteis, autore, si noti, morto appena cinque anni dopo averla ultimata. Premesso che il nostro, come accennavamo, si mantiene prevalentemente sul piano dell'analisi testuale-concettuale e raramente accede a notazioni ' contestuali ' — così per Mitteis apprendiamo che nelle sue pagine risuona non soltanto l'accento " dello storico del diritto, che vuole illustrare la metodologia della sua disciplina ", ma prende bensì la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parola anche " ein in der Tiefe seiner Seele erschütterter Mensch, dem es zu einer herausfordernden Notwendigkeit geworden ist, die Grundlage seiner persönlichen und wissenschaftlichen Existenz zu prüfen " (p. 10) —, va osservato che il livello prescelto consente alcune non irrilevanti acquisizioni. Anzitutto, ad avviso di Gagnér, che è in grado di certificare questa sua convinzione attraverso la quasi virtuosistica costruzione di una *Landkarte* di *excerpta* di brani che comprendono testi dei maggiori storici del diritto che in questa prima fase ebbero ad occuparsi tematicamente delle condizioni di possibilità di una rinnovata storia del diritto (oltre a Mitteis, K.S.Bader, H. Thieme, H. Coing, G. Dulckeit), al di là di singole diversità d'impostazione, può essere individuata tutta una serie di punti comuni: la riabilitazione — fortemente mirata sul valore della libertà (sul raggiungimento del " Bewusstsein seiner Freiheit dem Schicksal gegenüber und damit zum Bewusstsein seiner selbst, der Autonomie der gemeinschaftsverbundenen Persönlichkeit "; H. Mitteis, cfr. p. 14), forse con la finalità di ' scongiurare ' l'Hegelianismo di destra che tanti guasti aveva portato con sè durante il nazismo — della tradizione idealistica (il contenuto proprio della storia del diritto non può consistere nel mero sedimentarsi di esperienze storiche nel mondo dell'essere, ma è rappresentato dal " cammino dell'idea di diritto attraverso la storia ", è " Der Gang der Rechtsidee durch die Geschichte "); una cauta " internazionalizzazione " del campo di ricerca che sta a significare in prospettiva ' europeizzazione ', da un lato, e (principalmente, poiché meno ' rischiosa ' sul piano immediatamente politico) ' nuova storia del diritto privato ', dall'altro; assunzione come problema della ' liberazione ' dalla fede nel valore condizionante per la ricerca dei principi guida ricavati dalla dogmatica contemporanea, ovvero ' distacco ' dall'impostazione rigidamente pandettistica; ricerca, al contempo, dei fondamenti e motivi " sovra-positivi ", di strutture ' tipologiche ', ' di giustizia ', di un nuovo ' diritto naturale ' (anche qui fortemente condizionato dalla necessità di segnare una discontinuità socio-politica rispetto a un passato che non si vuol vedere travolgere in modo definitivo la possibilità di recuperare continuità istituzionali e culturali), o, per usare della terminologia di Dulckeit (pp. 17; 75 ss.; 144), dell'assunzione di *Vorstufen*, di *blosse Vorahnungen* della vera essenza di configurazione del concetto giuridico che si realizza nel suo cammino attraverso la storia: la c.d. teoria della *begriffslose Existenz*, una specie di dialettico diritto naturale ' variabile ', che consente che la storia " ebenso den Schein der ewigen Wiederkehr wie des einmaligen Geschehens an sich tragt " (p. 76). La concezione di Mitteis della disciplina come *Problemgeschichte* — che almeno su di un punto rompe con la posizione altrimenti per molti versi vicina di un Koschaker, ovvero laddove quest'ultimo (che viene sottoposto da Gagnér ad un'analisi per più versi illuminante; cfr. le pp. 43-57, 80-83 in particolare) ' pandettisticamente ' affermava che " nes-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suno può indagare dogmaticamente un diritto, alla cui autorità egli non creda " (p. 50) — è dunque ben lungi dal rappresentare un *unicum* (per la diffusione europea — da Maes a Paradisi, da García Gallo a Hoetink; cfr. p. 28 ss.) ed anzi affonda le sue radici nell'assunzione dell'allora corrente richiamo al concetto di ' crisi ' (Thieme, 1950), della coeva *Krisenlehre*, quale parte costitutiva delle disamine metodologiche (p. 40). L'aspetto più interessante della dimostrazione che Gagnér persegue riguarda a questo punto la collocazione nel quadro problematico sin qui delineato della figura e dell'opera di F. Wieacker (p. 40 ss.; 73-97). Tale itinerario si inaugura a partire da una constatazione complessiva, il cui rilievo aumenta tanto più, quanto più ci si allontana dal primo dopoguerra: fermo restando che tale dibattito non si mantiene sempre su quello che ad avviso di Gagnér dovrebbe rappresentare il puro piano della metodologia scientifica, ma, procedendo ad una frequente commistione di " Lebenswert, Krise und Methode " (p. 42), viene a significare piuttosto un riorientamento degli scopi che del metodo vero e proprio (p. 22), muovendo spesso da problematiche utilitaristiche o extrascientifiche; rimanendo fermo questo aspetto, bisognerà tuttavia affermare che gli autori che per primi lo inaugurarono, avevano un reale interesse ed anche una approfondita conoscenza delle premesse e delle implicazioni filosofiche del loro operare (un discorso che vale soprattutto per Mitteis e Dulckeit), mentre nel prosieguo — e il giudizio critico coglie con qualche sfumatura anche l'aprirsi dell'" era Wieacker " dopo quella " di Mitteis " (p. 35) — tale consapevolezza tende a perdersi, lasciando sul terreno ' frammenti ' di prese di posizione talora poco compatibili, che corrono quindi il rischio di essere riconfigurati all'interno di corpi concettuali inadatti a riceverli (del resto, come esempio di richiamo senza partecipazione attiva all'elaborazione del legato filosofico preso a punto di riferimento, Gagnér adduce con qualche ragione anche l'opera per più aspetti rilevantissima del Gabriel Le Bras del 1955; pp. 36 ss.). In Wieacker troviamo una precisa prosecuzione della " linea - Mitteis ": " Neuorientierung der Forschungsziele, Rechtsgeschichte als Phänomenologie der rechtlichen Sachverhalte — con una già però significativa inclinazione per l'accezione husserliana, non più ampiamente approfondita (p. 80) — " Problemgeschichte im Sinne Heinrich Mitteis " (p. 41), anche se il testuale richiamo wieackeriano a Mitteis è un po' ' diluito ' dalla considerazione — che Gagnér imputa ad una propensione non rara a voler troppo precipitosamente classificare e sistematizzare le opinioni dottrinali e a conciliarle nei loro contenuti propri, in pro di una maggiore chiarezza dell'esposizione — secondo la quale " Im Ergebnis nicht anders Koschaker und Betti ". La ricerca, tuttavia, di " regolarità generali " — per usare della formulazione di De Francisci (p. 59) —, di una storia del diritto che, seguendo le tracce bettiane (acutamente imputato da Gagnér di pienamente raggiunta ' eterogenesi dei fini ' grazie all'auto-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contraddittorietà della sua tesi sull' " erronea diagnosi giuridica "; p. 64), si presenti come una linea continuistica di progresso, " nell'esame di problemi sempre identici ", la ripresa di una *Typenlehre* apparentemente (e volutamente) non-pandettistica, e che tuttavia si appoggi ad una " limitata quantità di strutture istituzionali ", spesso " ritornanti " nel corso dello sviluppo storico, stanno, ad avviso di Gagnér, in stretto collegamento col progressivo scivolamento di Wieacker dalla storia per " problemi sul modello di Mitteis " verso una " allgemeine Strukturlehre des Rechts ". Ma proprio questo scivolamento, questo processo di recezione di una dottrina strutturale del diritto è favorito dall'orizzonte ermeneutico-trascendentale, che viene accolto (abbastanza eclletticamente) senza sufficiente ed attiva riappropriazione: Wieacker espressamente rifiuta la formulazione hegeliano-metafisica di Dulckeit, in quanto non accetta di concepire " die Rechtsgeschichte als Entfaltung des Rechtsbegriffs ", senza tuttavia rendersi pienamente conto che anche Mitteis ricade, seppur più implicitamente, in tale metafisica, e a pena, perciò, di rendere incomprensibile la sua dottrina " von rechtlichen Sachverhalten ": " Wir stehen also wiederum vor einem Fall, wo man ein Element aus einer Gedankenfolge herausgerissen und sich angeeignet hat, ohne zu beachten, dass diese Element nur als Ergebnis einer gewissen Beweisführung auch an seinem neuen Platz relevant sein kann. Verwirft man die betreffende Beweisführung, wie es ja Wieacker hier getan hat, kann das anerkannte Ergebnis in den neuen Darstellung nicht für einen weiteren Beweisgang verwertet werden " (p. 78). Non possiamo in questa sede seguire più oltre una *Auseinandersetzung* che presenta momenti di straordinario interesse e che costituisce comunque un modello di ' critica scientifica-conservazione della amicizia ' purtroppo raro da osservare oggidì. Ci basti invece tirare le fila di questa seconda parte del percorso di storia della storiografia (così come già accenna il titolo del rispettivo capitolo: *Sull'ermeneutica idealistica e sull'emancipazione dal ' Pandettismo '*): in estrema sintesi, Gagnér coglie nel passaggio da " Hegel a Gadamer " il permanere, seppure indebolito, dell'orizzonte della prospettiva di teoria della conoscenza della filosofia trascendentale e l'affinità che lega quest'ultima al ' Pandettismo ' (cfr. p. 85 ss., con richiamo a Paradisi; inoltre p. 97 ss.). Contemporaneamente l'indebolirsi del referente metafisico apre per la prima volta la possibilità di trattare " die Methodik der Rechtsgeschichte, ganz und gar ohne die Vorurteile der pandektistiscen Denknotwendigkeiten ": l'alternativa, intuita da molti (Kunkel, ad esempio), ma che talora trapassa anche all'interno della confrontazione degli schieramenti, concerne " eine ausgesprochen empirische Methodik " (p. 99), e recupera gran parte della concreta ricerca wieackeriana (p. 100). Si deve così comprendere, certo ora e retrospettivamente, come questo testo — nella sua chiara e precisa identificazione delle condizioni ' erkenntnistheoretisch ' innanzitutto, e poi metodologiche del distacco

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dal pensiero pandettistico (che si potrebbe ancora assumere come incompiuto) e, quindi, dalla sua radice nettamente idealistica —, abbia rappresentato il nucleo generatore di una serie di lavori storico-giuridici, il cui programma di esecuzione esso lucidamente prefigurava fin nel dettaglio dell'individuazione dei temi. Se ci spostiamo sul ricco quarto capitolo (*Sistema, concetto, storia del diritto*; pp. 155-212), ci sarà facile scorgere nelle pagine dedicate a ' revisionare ' l'interpretazione larenziana e wieackeriana del ruolo giocato da R. von Jhering (p. 183 ss.) — istituendo tra l'altro un suggestivo parallelo tra la sua metafisica dei concetti come " corpi giuridici " e la monadologia leibniziana (p. 185 ss.) — l'iscrizione del piano di ricerca che sarà poi condotto a termine da Wolfgang Pleister (*Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Ebelsbach, 1982). Sempre ad un tale nesso metodologico-empirico appartengono la fondamentale disamina del ruolo della filosofia idealistica nel pensiero savignyano dovuta alla penna di Joachim Rückert (*Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984), nonché il lavoro dedicato a Bekker da Maximiliane Kriechbaum (*Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, Ebelsbach, 1984). Nè, visto lo stretto legame individuato dal Gagnér tra anticipazione ermeneutica dell'orizzonte di soluzione e permanere di un vincolo preciso con il rischio di una statica (seppur lineamente progressiva) ripetizione dello stesso ristretto numero di strutture di senso (già) date, si potrà dimenticare il volume di Monika Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach, 1981. Ci troviamo insomma di fronte non soltanto ad una vera e propria ' comunità di ricerca ', ma, altresì, ad un programma " nell'ambito della cosa stessa " chiaramente formulato e collettivamente condotto a termine.

Questo programma trova, anche nel volume che stiamo prendendo in esame, il suo punto di snodo decisivo (p. 132 ss.) nel tentativo di portare a termine non soltanto sotto il profilo della storia della storiografia (capitoli I e II) o della diretta esemplificazione storiografica nell'ambito del discorso dei giuristi (ovvero di uno dei tradizionali oggetti dell'indagine prettamente storico-giuridica: capitolo IV), ma altresì dal punto di vista costruttivo e teoreticamente propositivo, quella *coupure* che i predecessori avevano solo ' inscenato ' o, nella migliore delle ipotesi, puramente e semplicemente ' abbozzato '.

Anche nel riferimento — e considerata nell'ambito delle coordinate temporali all'interno delle quali ' accadeva ' — la scelta appare lucida e coraggiosa; non ci si rifà, per generare " insicurezza " sui presupposti acriticamente accolti della metodologia dominante, ad un puro e semplice neo-positivismo logico d'impostazione viennese, né, del resto, neppure direttamente al realismo scandinavo. La scelta cade invece su Wittgenstein; ma, si badi, non sul Wittgenstein prima maniera (quello del *Tractatus*), che ha potuto forse non a torto essere tacciato di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

" empirismo mistico ", quasi un moderno Berkeley, scopritore di una paradossale e paralizzante riduzione del mondo reale nell'identità tautologica — cade invece sul testo postumo del 1953, le *Ricerche filosofiche*: « Non vogliamo raffinare o perfezionare in modo inaudito il sistema di regole per l'impiego delle nostre parole. La chiarezza a cui aspiriamo è certo una chiarezza *completa*. Ma questo vuol dire soltanto che i problemi filosofici devono svanire *completamente*.... Invece si indica un metodo dando esempi; e la serie degli esempi si può interrompere. Vengono risolti problemi (eliminate difficoltà), ma non *un* problema. Non c'è *un* metodo della filosofia, ma ci sono metodi; per così dire, differenti terapie ». (ivi, n. 133; cfr. p. 133). La terapia colpisce al cuore il preteso ' rigore ' e la ' necessità ' del concetto pandettistico, sottolineando il grado di comunque ' irreduttibile ' indeterminatezza anche dei concetti-strumento dei giochi linguistici di tipo specialistico: battendo in breccia la credenza del dogmatico " *an scharf abgegrenzte Begriffe* " (p. 142), si riapre la strada alla considerazione dell'empiria e della storia. Molte ulteriori questioni di dettaglio — come, ad esempio, quella sollevata dalla discussione critica nei confronti della teoria dei campi linguistici avanzata nel 1931 da Jost Trier, in quanto legata ad un patrimonio culturale di estrazione humboldtiano-romantico (p. 151 ss.) — dovrebbero forse essere più approfonditamente esaminate: dobbiamo lasciarle al lettore. Certo, se una critica può essere avanzata, è che per questa strada si rischia di arrivare (di nuovo: chè si tratterebbe, infatti, di indagare meglio i rapporti tra i ' due ' Wittgenstein) ad una forma di scientismo che si manifesterebbe semplicemente incline a ritenere le *res*, i singoli oggetti come la sola e vera realtà, privandoli in questo modo di tutte le loro determinazioni (che verrebbe a considerare mere sovrastrutture concettuali), al punto da trasformare quella sola ed unica realtà in una nullità completa, che poi in effetti non servirebbe ad altro che a testimoniare di un'universalità che, secondo il credo nominalistico, si rivelerebbe altrettanto insignificante (T.W. Adorno, *Scritti sociologici*, Torino, 1976, 288). Ma anche questo percorso deve restare ' interrotto '. Così come l'altro (habermasiano?) dell'individuazione dell'interesse-guida (degli interessi-guida, sarà forse meglio dire) di tale proposta nel contesto storico dato. Ma forse così chi scrive si lascia un po' troppo ' trascinare ' dal suo passato ' francofortese '. Se di una molteplicità di terapie si tratta, si può soltanto affermare che questo tipo di terapia merita ancor oggi una non distratta o fuggevole attenzione e che, anzi, come acutamente notava lo stesso Sten Gagnér nell'introduzione (p. 6), noi abbisogneremmo di una più puntuale storia della filosofia analitica, per poterne meglio sviluppare le potenzialità ancora inespresse. Nel frattempo non ci rimane che il " piacere di un testo " finalmente ritrovato.

Paolo Cappellini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRANCESCO GALGANO, *Lex mercatoria - Storia del diritto commerciale*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 236.

1. Può sembrar perfino una banalità metodologica — oggi — affermare che ogni sistema normativo lascia scoprire più chiaramente la propria struttura e le sue ragioni fondanti se l'interprete riesce a leggerlo senza dimenticarne la " terza dimensione " diacronica. Che quella *vis ac potestas*, nella cui conoscenza consiste la sostanza ultima dello *scire leges*, sia fatta anche (se non soprattutto) della storia di quelle *leges*, è cosa su cui nessuno — credo — oserebbe dissentire.

Detto questo sul piano — alla fine inoffensivo — della teoresi, più difficile sarebbe poi accertare se tutti a questo canone s'attengano col rigore che sarebbe dovuto; se ognuno sia davvero disposto ad affidare in misura non secondaria alla prospettiva storica l'esito ultimo del proprio lavoro esegetico e ricostruttivo, o se i più alla fine non s'ingegnino, dopo aver tanto predicato bene, a razzolare un po' peggio. Il che accade, per esempio, tutte le volte che l'attenzione alla prospettiva storica, invece di farsi parte integrante ed essenziale dell'operazione interpretativa, si giustappone a questa in una specie di contrappunto all'apparenza raffinato ma nella realtà assolutamente vano.

Tra coloro (pochi o tanti che siano, non importa) che — da giuristi di diritto " positivo ", non da storici del diritto — della prospettiva diacronica come strumento ermeneutico hanno saputo fare un uso corretto è certamente da annoverare Francesco Galgano: basterebbe rammentar solamente il suo volume su *Le società di persone* [3] per aver una riprova perfettamente convincente della sua capacità di giovarsi della prospettiva storica come parte integrante del suo strumentario interpretativo.

2. Questo non-storico del diritto, ma — anzi — storico (o anche storico) in quanto (o per esser meglio) giurista, una volta si cimentò in un'opera tutta storiografica, e di grande respiro (almeno a stare alle intenzioni che apparivan segnate nel titolo del libro) [4]: da commercialista avveduto e colto qual è, il Galgano sentì il bisogno di ricostruir da sè solo — senza delegare ad altri, gli storici " di professione ", questo còmpito " specialistico " — tutta la storia del diritto commerciale, a partir dalle radici (remote e profonde) della specialità di questo diritto per arrivare — sia pure *maximis itineribus*, come forse da sè solo non

---

[3] Del quale già s'ebbe modo di parlare a suo tempo, proprio su questi stessi *Quaderni*, 2, pp. 742-753.

[4] GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976. Di questo libro è ancor oggi da rammentare la lucida ed esemplare recensione del TETI, *Una storia del diritto commerciale*, in *Politica del Diritto*, 1977, 1-2, pp. 181-193.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poteva non fare, non essendo uno specialista — fino alla vicenda ottocentesca di quel sistema normativo.

La ricostruzione appariva a prima lettura in sè coerentissima, nel senso che si mostrava capace di dar conto dei propri assunti e postulati " sommi ", anche se questo avveniva al non piccolissmo costo d'una sorta di " corto circuito " di cui parleremo tra poco.

Ci sarebbe forse stato anche da chiedersi se questo, che appariva *ex toto genere suo* un libro di storia (giuridica), tale fosse in realtà: se, cioè, il suo oggetto vero consistesse nella vicenda storica d'un sistema normativo in sè conchiuso qual è da sempre il diritto de' mercanti (o della mercatura che dir si voglia o debba); ovvero se tutto quello che appariva come discorso storiografico ad altro non mirasse che alla conferma (alla fine in certo modo apologetica) di certi convincimenti anch'essi " generalissimi " che a lor volta dovevan servire da canoni ermeneutici dell'intero sistema vigente: sarebbe questo il corto circuito al quale alludevamo or ora.

3. Di questo libro, a cui non direi che gli storici del diritto avessero fatto una particolare festa (voglio dire: che se ne fossero serviti come d'uno strumento chiarificatore del loro quotidiano lavoro d'indagine) (5), esce ora una nuova edizione. Anzi, assai di più (almeno a stare alle intenzioni che appaiono formalizzate), esce un libro nuovo con un nuovo titolo, che della vecchia *Storia* vuol riprendere ed ampliare il contenuto.

Diciamo " libro nuovo ", e non già semplice riedizione seppur " rivista ed ampliata ", solo per secondare — com'è doveroso, per lo meno *in limine* — quella che appare la manifesta intenzione dell'Autore. Delle molte " varianti d'autore " (6) che possono segnar la storia

---

(5) Recentemente, invero, uno che di storia del diritto commerciale si è sempre occupato — come Vito Piergiovanni — in un seminario internazionale tenutosi a Sitges (del quale è imminente la pubblicazione degli *Atti*) di questa *Storia* ha detto " *che ha scelto di privilegiare, e quasi di assolutizzare, gli aspetti dell'analisi politica: il risultato mi pare una ricostruzione storica del diritto commerciale schematica e semplificata, [...] costruita sulla lettura di bibliografia piuttosto che su quella delle fonti, mai direttamente approcciate. Anche le scelte bibliografiche degli autori da citare e da discutere sono finalizzate a quella che Galgano definisce la rivalutazione del momento giuspolitico nella ricostruzione storica del diritto commerciale: è un obbiettivo sul quale è quasi ovvio concordare, ma ritengo che esso vada perseguito privilegiando, più che gli scrittori di teoria politica e le loro ricostruzioni, gli storici dell'economia, della società e del diritto medievale e moderno che meglio possono contribuire a cogliere la reale complessità dei fenomeni indagati* ".

(6) Usiamo questo termine nella sua accezione tecnica elaborata dai filologi (per tutti cfr. BALDUINO, *Manuale di filologia italiana*, Firenze, 1979, pp. 367 ss.), anche se — com'è ovvio — del tutto diversa è la prospettiva in cui si dovrà muovere chi ha da ricostruire un testo del quale manchi l'originale rispetto a quella che serve a chi deve

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'un'opera — massimamente d'una che tenga a qualificarsi come *work in progress* — la mutazione del titolo appare forse in assoluto la più carica di significato; e come tale dev'esser valutata se dell'opera si vuol comprender in modo adeguato la storia, guardando cioè — per quanto possibile — secondo la medesima prospettiva dalla quale sembra essersi messo il suo autore.

Nel nostro caso non possono esservi dubbi sul significato che il Galgano ha voluto dare al mutamento di titolo del suo libro, perchè è lui stesso — fin dalla *Prefazione* — a dichiarar con forza le sue intenzioni:

> " A diciassette anni dalla apparizione di questa *Storia del diritto commerciale* e a tredici dalla seconda edizione non bastava [...] un semplice aggiornamento: l'opera andava rivisitata alla luce di questo fatto nuovo: la *lex mercatoria* non è solo una vicenda del passato, da ricostruire nel rapporto con le parallele vicende storico-politiche, storico-economiche e storico-sociali, ma è anche la chiave di comprensione di una originale realtà presente, ancora tutta da analizzare ".

Il titolo riscritto, dunque, non è un fatto meramente formale, non significa solamente il desiderio — alla fine legittimo — di confezionare un vestito nuovo alla propria creatura: al contrario, esso vuol tradurre l'intenzione di dare a tutta l'opera un nuovo " centro di gravità ", quello — per l'appunto — della *lex mercatoria* intuita come nuova chiave interpretativa d'una vicenda storica di lunghissimo periodo che coinvolge in sè anche l'oggi dell'esperienza giuridica. Non nuovo titolo e basta, dunque; ma libro nuovo, perché nuova in certo modo appare la materia stessa dell'indagine, quando se ne sia scoperta una nuova essenzialissima misura costitutiva che non può non esser assunta a chiave d'interpretazione quasi esclusiva.

Nè il Galgano si nasconde — e giustamente non nasconde al lettore — la voluta profondità dell'intero ripensamento:

> " Non mi sono limitato ad aggiungere un capitolo finale [...]: sono intervenuto con una certa larghezza un po' in tutti i capitoli, integrando anche con diretti riferimenti alle fonti i capitoli relativi alle origini, che nelle edizioni precedenti si limitavano a rinviare a miei precedenti scritti. Non si può del resto tacere il fatto che, negli ultimi diciassette anni, molte chiavi di lettura della vicenda storica sono profondamente cambiate. Sicché *questa terza edizione si presenta, anche per questo aspetto, come un libro nuovo rispetto alle edizioni precedenti* (7) ".

---

semplicemente valutare le varianti (peraltro in sè evidenti e perfettamente documentate) che un autore ha apportato alla sua opera.

(7) Si tratta sempre della *Prefazione*, luogo privilegiato per le dichiarazioni d'intenti. Il corsivo finale è nostro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prospettiva assolutamente impeccabile: se nuovo è il punto di riferimento dell'intera indagine, nuovi ne devon risultare la sostanza e il linguaggio. Nè si può dimenticare quanto in questi ultimi diciassett'anni è successo, che non consente di mantener fermi i canoni ermeneutici d'un tempo. D'un libro nuovo, dunque, si deve trattare, e non della riedizione — seppur variamente emendata — di quello che fu scritto quando vigevano, almeno all'apparenza del tutto incontrastati, *idola fori* oggi — grazie a Dio — definitivamente infranti.

4. Ci si può, a questo punto, domandare quali siano le novità che fanno di questa *Lex mercatoria* un'opera affatto nuova rispetto alla " vecchia " *Storia del diritto commerciale*.

Diciamo sùbito ch'esse non riguardano, se non — ovviamente — per la parte aggiunta nuova di sana pianta, i titoli dei capitoli e dei paragrafi: l'indice del libro è rimasto del tutto invariato. Vero è, tuttavia, che, pur nelle maglie d'una trama che resta apparentemente uguale, l'intero contenuto può esser, volendo, mutato; sicché, per giudicare *cognita causa* il senso del mancato cambiamento strutturale d'uno scritto, è necessario procedere ad una collazione più minuta delle due successive redazioni. È ovvio, però, che in questa sede non sarà possibile far questa indagine su tutto il pur non lunghissimo libro (non foss'altro che per non tediare il lettore con una sequenza di minuti riscontri testuali): ci basterà dar un'occhiata a quella parte dell'opera che lo stesso Autore ha indicato come la sede degl'interventi innovativi più profondi, se vero è, com'egli stesso ci ha detto, che nella riscrittura ha lavorato soprattutto " *integrando anche con diretti riferimenti alle fonti i capitoli relativi alle origini, che nelle edizioni precedenti si limitavano a rinviare a miei precedenti scritti* ".

Contentiamoci perciò, in primissima approssimazione, di collazionare un po' più attentamente i capitoli secondo (*Un diritto di classe per i mercanti politici della società comunale*, pp. 31-69, corrispondenti alle pp. 29-53 della prima redazione del 1976) e terzo (*Un diritto pubblico per i mercanti sudditi dei monarchi assoluti*, pp. 71-83 corrispondenti alle pp. 55-67 della *Storia del diritto commerciale*).

Il primo di questi due capitoli appare assolutamente invariato, in questa novissima stesura rispetto alla vecchia *Storia*, per tutti i primi cinque paragrafi: si tratta d'un'identità perfetta, di testo e di note (e sì che per queste ultime l'identità potrebbe anche ritenersi censurabile, se per esempio — come accade — si sèguita a citare, della *Storia economica dell'Europa preindustriale* del Cipolla, l'edizione del 1975 e non le successive, che edizioni sono e non semplici ristampe). Nel sesto paragrafo (dedicato alle *origini della società in nome collettivo*, pp. 49-60 corrispondenti alle pp. 47-50 della *Storia*) la prima novità è costituita dalla nota 40 (p. 52) che appare assai cospicua rispetto al precedente rinvio a due scritti dello stesso Galgano: gli è che la novità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consiste tutta nella trascrizione per disteso di ciò che prima era stato semplicemente citato *per relationem*. Vi sono poi due capoversi nuovi (pp. 53-54) relativi alla responsabilità dell'eventuale socio occulto con particolare riguardo all'ipotesi di fallimento (e le citazioni che vi si rinvengono sono d'un'assai celebre decisione del Giudice delle Appellazioni della Repubblica di San Marino - Guido Astuti - del 30 luglio 1963 e dei contributi storiografici — non recentissimi, in verità, anche se affidabili — di Ludovico Zdekauer Ageo Arcangeli e Arturo Rocco). Appare nuovo, sempre rispetto alla *Storia*, anche quanto si legge alle pp. 56-60 in tema di non limitatezza dei poteri di amministrazione del singolo socio in quella che poi si sarebbe chiamata società in nome collettivo: ma, se abbiamo visto bene, non si tratta certo di novità assoluta — nè sostanzialmente nè per tenore letterale — (8), ma di opinioni — invero interessantissime — sulle quali abbiamo già avuto modo di fare qualche riflessione critica più di vent'anni fa su questa medesima Rivista (9). Nuovo, fuor che nella prima pagina (p. 61, corrispondente, nella *Storia*, alle pp. 50-51, conclusive — in quella sede — del discorso sulla società in nome collettivo), appare il paragrafo dedicato al *fallimento* (pp. 61-66). Novità formale, che come tale deve pur esser segnalata, e che certamente colma una lacuna che nella *Storia* appariva particolarmente evidente; anche se questo di per sè non significa riconoscere che si tratti anche d'una novità sostanziale che sia stata imposta, se non da ricerche personali nel frattempo condotte dall'Autore, per lo meno dalla sua intenzione (che sarebbe senz'altro stata lodevole) di metter a profitto i più recenti contributi altrui: non ci pare però che sia questo il nostro caso, se vero è che, per documentare l'identificazione (certissima per secoli, come tutti sanno) della decozione con la *fuga*, il Galgano esibisce le (autorevoli, certo, ma non recentissime nè forse solitarie) opinioni del Lattes del Pertile e del Bonelli (p. 62, nota 69). L'ultimo paragrafo — in cui si ragiona dell'*universalità del ius mercatorum* (pp. 66-69), corrispondenti alle pp. 51-53 della *Storia*) — è identico nelle due stesure, fuorché per un ultimo capoverso (pp. 68 s.) occasionato *obiter* da una recente lettura.

Il terzo Capitolo poi — intitolato in entrambe le redazioni *Un diritto pubblico per i mercanti sudditi dei monarchi assoluti* (pp. 71-83 della *Lex mercatoria* e 55-67 della *Storia*) — è rimasto del tutto invariato, sia nel testo che nelle note. Certo, se nulla nel frattempo fosse mutato nè nelle opinioni di chi scrive nè in quelle degli altri, sarebbe stato inutile riscrivere solamente per un gusto vano della novità formale.

---

(8) Cfr. GALGANO, *Società di persone*, cit., pp. 167-174.

(9) Veda chi vuole, in questi *Quaderni*, (2 [1973], p. 751), quanto s'ebbe occasione d'osservare a proposito nel volume sulle *Società di persone* e che sarebbe vano ripetere ora per filo e per segno; nè di meglio si potrebbe fare, nulla essendo nel frattempo mutato: non il pensiero del Galgano e nemmeno, invero, le (poche e tenui) riserve che allora ci parve di dover fare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sommessamente verrebbe fatto però d'osservare che, per lo meno nelle pagine dedicate all'*origine della società per azioni* (ora pp. 78-83; prima, nella *Storia*, 61-67), si sarebbero potute rammentare — tanto per fare un esempio — le opinioni recenti (e certamente tutt'altro che banali) dello Spada ([10]): per discuterle anche robustamente e all'occorrenza respingerle, si capisce; ma rammentarle, queste ed altre, si doveva, ora come nelle precedenti stesure; tanto più in un'opera a destinazione anche (se non prevalentemente) didattica: agli studenti è bene far conoscere le *quaestiones vexatae*, le ragioni e i termini del dibattito e le diverse soluzioni che si son prospettate: perché s'avvezzino anche loro alla fatica del discutere soppesando gli argomenti e dello scegliere fra opinioni diverse evitando la scorciatoia comoda ma infida del *iurare in verba magistri.*

Forse non è il caso di seguitare in quest'esercizio di collazione minuta, che alla fine potrebbe anche palesarsi gioco inutilmente uggioso. Diremo solo che, a seguitarlo, si farebbero molte altre constatazioni e considerazioni non dissimili da quelle appena fatte e documentate: vedremmo che — al di là della novità d'intitolazione — non d'un nuovo libro si tratta, poche e alla fine pochissimo decisive essendo le " varianti d'autore " che qua e là si leggono in questa *Lex mercatoria* rispetto al testo della precedente *Storia*. E, se questo è vero, esce ridimensionata in modo decisivo quell'affermazione sonora che già abbiamo letto, fatta nella *Prefazione* del libro, a proposito d'un radicale ripensamento e d'una riscrittura l'uno e l'altra centrati intorno al concetto " nuovo " della *lex mercatoria*, intesa ad un tempo come categoria storiografica e come canone ermeneutico dell'attualità.

Ora, sembra invero assai difficile ammettere che tutto questo sia in realtà avvenuto; che questa nuova stesura rappresenti una ricostruzione dell'intera materia sostanzialmente diversa dalle precedenti, fatta a partire dalla constatata centralità — nell'esperienza giuridica del passato non meno che in quella attuale — dell'idea di *lex mercatoria*. Un simile progetto poteva essere anche molto interessante e meritevole d'essere sperimentato. Certo, qualcuno avrebbe potuto — forse a ragione — obiettare che per l'esperienza giuridica basso-medievale ed anche per la successiva — quella che Galgano in qualche modo identifica con *un diritto pubblico per i mercanti sudditi dei monarchi assoluti* — sarebbe più pertinente parlare di *ius mercatorum* anziché di *lex mercatoria* per significare più puntualmente i profili di ordinamento (corporativi, se si vuole) che furon propri dell'universo dei mercanti e della mercatura; ma l'operazione di per sè avrebbe avuto una sua innegabile plausibilità. Gli è ch'ella non poteva consistere solamente —

([10]) SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1985, I, 95 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come invece è accaduto — nell'aggiunta del capitolo finale (11) e nel mutamento del titolo d'un libro rimasto per il resto quasi totalmente invariato, per poi dire che così facendo s'era spostato addirittura il centro di gravità di tutta l'opera.

5. Questo essendo, discutere ora — nell'occasione della riedizione — di questo libro non più giovanissimo, potrebbe anche palesarsi vano. Non lo sarà, almeno in parte, per una ragione che lo stesso Galgano annota nella *Prefazione*, quando parla di quelle molte " *chiavi di lettura* " che appaiono " profondamente cambiate " da diciassett'anni a questa parte. Ma, anche qui, se la constatazione del mutamento di panorama generale è fondata — e lo è certamente, così come è prezioso il riconoscimento franco che ne fa il Galgano — si vorrebbe poi vedere questo profondo cambiamento puntualmente tradotto nelle pagine nuove d'un nuovo libro. E invece non è così: quando si tratta di tracciare le linee essenziali e le spiegazioni ultime dell'intera vicenda storica del diritto commerciale, le *auctoritates* invocate son sempre le medesime, sicché proprio le chiavi di lettura appaiono affatto immutate rispetto a quelle, ormai irrimediabilmente *démodées*, che invece eran tanto in voga quasi vent'anni fa. Conseguenza necessaria della mancata (pur se annunciata) revisione, certo; ma questa, a sua volta, chiarissima smentita *per facta concludentia* della riconosciuta obsolescenza di certi vecchi arnesi ermeneutici.

Ma non è soltanto questa, dell'impianto generale e della prospettiva d'insieme, la mancata novità che è doveroso riscontrare in questa riedizione del libro di Galgano (di più, ormai, non ci sembra di poter dire: e chiamarla solamente " ristampa emendata " sarebbe certamente troppo poco). Perché in diciassett'anni non poco è mutato nella storiografia del diritto commerciale, e questo nuovo avrebbe potuto giovare ad una novità, seppur " minore ", anche del libro di cui si ragiona. Nel quale invece manca foss'anche un cenno a quel molto che nel frattempo è stato scritto; nell'elenco degli autori citati si cercherebbero invano i nomi di chi in questi ultimi anni ha offerto contributi proprio sul piano della ricostruzione generale della storia del diritto commerciale europeo; diciamo per esempio, tra gl'italiani, Antonio

(11) Neppur questo, poi, nuovo nè originale: chi se ne volesse convincere non avrebbe che da collazionare (noi, ora, ce ne risparmiamo la fatica, e ne solleviamo il Lettore che a questo punto ne sarebbe di certo infastidito) questo capitolo sulla *nuova lex mercatoria* (pp. 211-220) col saggio dello stesso GALGANO, dal titolo *Le istituzioni della società post-industriale* comparso alle pp. 13-33 del volume " a più mani " (dello stesso G., di Sabino Cassese, di Giulio Tremonti e di Tiziano Treu) uscito presso lo stesso Editore col titolo *Nazioni senza ricchezza e ricchezze senza nazione*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Padoa Schioppa, Gian Savino Pene Vidari, Vito Piergiovanni; e, tra gli stranieri, Jean Hilaire, Carlos Petit e Romuald Szramkiewicz.

Da un'attenzione al nuovo che c'è stato avrebbe potuto nascere anche qualche non inutile revisione di prospettiva. Per esempio a proposito di usura: una materia che in questo libro del Galgano appare stranamente negletta, e che invece rappresenta proprio la *differentia specifica* intorno alla quale è venuto costruendosi il *ius mercatorum* come *ius speciale* provvisto di suoi propri principi, nuovi e diversi rispetto agli *apices* del *ius civile*. È un tema quasi sconfinato, tante volte studiato (bene e meno bene), certamente affascinante per la grande varietà di prospettive dalle quali può e deve esser esaminato, ma sul quale sarebbe inutile insistere ora al di là del semplice accenno.

6. Dicevamo all'inizio — e ripetiamo ora con egual convinzione — che, tra gli studiosi italiani del diritto commerciale, Francesco Galgano è certamente tra quelli che meglio riescono a fare dell'attenzione alla prospettiva storica parte vitalmente essenziale della loro opera d'interpreti del sistema normativo vigente. Questo resta perfettamente vero, anche se corre l'obbligo di constatare che non uguale sembra essere il successo che a questo studioso arride quando si cimenta in lavori tutti e dichiaratamente storiografici; la cosa non deve sorprendere; giacché, se è vero che la prospettiva storica è parte essenziale dello strumentario conoscitivo del giurista, o — se si preferisce — che non si può essere giuristi se si è del tutto privi di sensibilità storica, non per questo ogni giurista — pur provvisto, anche in grado eminente, di questa sensibilità in ordine al corretto esercizio del suo specifico " mestiere " — può ritenersi, per il solo fatto ch'è giurista, uno storico del diritto. Ogni pur modesto " mestiere " presuppone in chi lo esercita la conoscenza specifica dell'arte sua e l'uso sicuro di tutti i ferri, che non sempre — malgrado le contrarie apparenze — son maneggevoli alla prima da chiunque. Francesco Calasso, a cui piaceva questo emistichio oraziano, direbbe che *tractant fabrilia fabri*. Ed è vero: la ricerca storica è cosa che si fa secondo regole non arbitrarie che solo i suoi *fabri* conoscono (o dovrebbero conoscere), nè può ridursi ad arbitraria invenzione d'un passato da popolare d'improbabili antenati vestiti in costume. Forse la citazione oraziana, per dire fino in fondo il vero che qui vuol esser detto, dev'esser integrata: *quod medicorum est/promittunt medici; tractant fabrilia fabri/scribimus indocti doctique poemata passim* ". Ma c'è poema e poema; e ci se n'accorge a prima lettura.

UMBERTO SANTARELLI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GERHARD DILCHER, HEINER LÜCK, REINER SCHULZE, ELMAR WADLE, JÜRGEN WEITZEL, UDO WOLTER, *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter* (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Band 6). Berlin: Duncker und Humblot 1992.

I.

Seit den Tagen der Historischen Rechtsschule wird das Geschichtsbild der deutschen Juristen von der Vorstellung bestimmt, das früheste Recht sei Gewohnheitsrecht gewesen. Die Gesetzgebung und zumal die Rechtswissenschaft seien als Organe der Rechtserzeugung erst später aufgetreten; bekanntlich ist über die Frage des wissenschaftlichen oder " Juristenrechts " um 1837/39 der Richtungsstreit zwischen den Germanisten und den Romanisten ausgebrochen (1). Dabei mußte die Vorstellung vom Gewohnheitsrecht der Frühzeit gerade den Germanisten besonders nahe liegen, weil sie ihrer Überzeugung entsprach, das germanisch-deutsche Recht sei unmittelbar aus dem Volksgeist erwachsen. Die ungelehrte Rechtsprechung mittelalterlicher Schöffen schien hier ebenso ihre Erklärung zu finden wie der Traditionalismus der bäuerlichen Weistümer.

In unserem Jahrhundert hat sich diese Ansicht auch in der deutschen Geschichtswissenschaft durchgesetzt; hier ist sie geradezu als neue Erkenntnis verkündet worden. In einem berühmt gewordenen Aufsatz von 1919 (2) hatte der Historiker Fritz Kern dargelegt, das Mittelalter habe in der Vorstellung vom " guten alten Recht " gelebt. Für mittelalterliches Denken sei das Recht nichts, was man " machen " könne. Es sei vielmehr immer schon vorhanden, man könne es deshalb nur " finden " — in der Überlieferung oder in der Überzeugung der jetzt lebenden Menschen. " Das Recht ist alt. Das Recht ist gut. Das gute alte Recht ist ungesetzt und ungeschrieben "; in diesen Abschnittsüberschriften hat Kern seine Sicht thesenartig zusammengefaßt.

Nach dem Zweiten Weltkrieg in Buchform wiederholt neugedruckt (3), galt Kerns Aufsatz lange als die abschließende Formulierung der mittelalterlichen Rechtsanschauung. Dabei zweifelte man nicht, daß hier germanisches Erbe wirksam sei. Gleich dem mittelalterlichen erschien auch das germanische Recht als eine ewig gültige,

(1) Vgl. die Kontroverse zwischen GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht I* (Erlangen 1828); II (Erlangen 1837) und GEORG BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig 1843). Sichtbares Zeichen der germanistischen Sezession war das Erscheinen einer eigenen " Zeitschrift für deutsches Recht " (seit 1839).

(2) FRITZ KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, in *Historische Zeitschrift* 120 (1919) S. 1-79.

(3) Von der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Tübingen 1952 und Darmstadt 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unveränderliche Ordnung (4). Im Banne dieser Vorstellung stand sogar ein Gelehrter wie Wilhelm Ebel, der es sonst so eindrucksvoll verstanden hat, die Fremdartigkeit mittelalterlicher rechtlicher Denkformen herauszuarbeiten (5).

II.

Die Kritik an diesen Auffassungen setzte zunächst bei der Rechtssprache an. So konnte Klaus von See schon 1964 zeigen, daß der altnordischen Rechtssprache die Vorstellungen vom Gewohnheitsrecht und zumal vom " guten alten Recht " fremd waren (6). Erst im 13. Jahrhundert traten hier Wendungen auf, die sich in diesem Sinne deuten ließen; sie ließen jedoch eindeutig den Einfluß der römisch-kanonischen *consuetudo-Lehre* erkennen. Ähnlich hat Gerhard Köbler 1971 in umfassender Analyse der lateinischen und deutschen Rechtsbegriffe im frühmittelalterlichen Deutschland dargetan, daß sich die Vorstellung vom " guten alten Recht " hier nirgendwo nachweisen läßt (7). Erst das Vordringen spätantik-christlicher, dann gelehrt-juristischer Denkweisen führte zu Reflexionen über das Alter und die Güte des Rechts. Zu dem römisch-kanonischen Schlüsselbegriff der " consuetudo " gab es zunächst nicht einmal eine deutsche Entsprechung: das Wort " giwonaheite " ist eine Glied-für-Glied-Nachbildung der lateinischen Vorlage (8). Wenn schließlich Eike von Repgow in seinem Sachsenspiegel die Frage aufwirft, ob aus unrechter Gewohnheit Recht werden könne, so ist dies nicht mehr Ausdruck germanischen Rechtsdenkens, sondern deutet auf eine Kenntnis der gratianischen Lehre vom Gewohnheitsrecht hin (9).

Der rechtssprachliche Befund weist für das Gewohnheitsrecht also nicht auf urtümlich-germanische Vorstellungen, sondern auf die Begriffswelt des römischen und kanonischen Rechts. Daraus ergab sich die Frage, ob man diese anspruchsvolle Denkweise auch bei der Rechtsfindung mittelalterlicher Schöffen voraussetzen könne.

---

(4) Vgl. etwa HERMANN CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte I,* 2.Aufl. (Karlsruhe 1962) S. 345 ff. zum mittelalterlichen, S.25 ff. zum germanischen Recht.

(5) WILHELM EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (Göttingen 1958) S. 12 ff.

(6) Klaus Von See, *Altnordische Rechtswörter. Philologische Studien zur Rechtsauffassung und Rechtsgewinnung der Germanen* (Tübingen 1964).

(7) GERHARD KOBLER, *Das Recht im frühen Mittelalter. Untersuchungen zu Herkunft und Inhalt frühmittelalterlicher Rechtsbegriffe im deutschen Sprachgebiet* (Köln, Wien 1971).

(8) GERHARD KOBLER, *Zur Frührezeption der consuetudo in Deutschland*, in *Historisches Jahrbuch* 89 (1969) S. 337 ff.

(9) KARL KROESCHELL, *Rechtsaufzeichnung und Rechtswirklichkeit:das Beispiel des Sachsenspiegels*, in: *Recht und Schrift im Mittelalter,* ed. PETER CLASSEN, Sigmaringen 1977 (Vorträge und Forschungen XXIII) S. 349 ff., bes. S. 365 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Auch wenn eine widerspruchslose Urteilspraxis zu beobachten war (10) — beruhte sie wirklich auf ungeschriebenen Normen von gesetzesgleicher Geltung, also gleichsam auf einer auswendig gewußten Rechtsordnung? Manche Beobachtungen weckten hieran Zweifel. Schon die Vorstellung von der " Rechtsfindung " erwies sich als modern (11); nach mittelalterlichem Sprachgebrauch wurde nicht das Recht, sondern das Urteil " gefunden ", was nichts anderes hieß als " ausgesprochen " oder " gegeben ". Nur spät und selten schieben die Schöffenurteile zwischen den Tatbestand und die Entscheidung einen begründenden Satz ein, der kaum jemals einen dem Urteil zugrundeliegenden Rechtssatz ausspricht (12). Endlich und vor allem aber sind mittelalterliche Urteile, wie wohl zuerst Wilhelm Ebel betont hat, Feststellungen über die im Prozeß jeweils bestehende Rechtslage und das weiter zu befolgende Verfahren (13). Dies ist gewiß der Grund dafür, weshalb allen Versuchen, ihnen eine ungeschriebene Ordnung materiellen Rechts abzugewinnen, etwas so Unwirkliches anhaftet (14).

Eine dritte Linie der Kritik an dem Bilde vom mittelalterlichen Gewohnheitsrecht setzte bei der mittelalterlichen Vertragspraxis an. Als frühestes Beispiel ist Wilhelm Ebels Untersuchung über die Urkundenklausel " für mich und meine Erben " zu erwähnen (15). Die Verwendung dieser Klausel in Schuldverträgen begründete eine Verpflichtung der Erben, ohne daß es sich um eine privatautonome Abweichung von einer anderslautenden gewohnheitsrechtlichen Regel gehandelt hätte. Einen geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatz, der etwas über eine (beschränkte oder unbeschränkte) Erbenhaftung gesagt hätte, gab es nicht. Arbeiten von Hans-Rudolf Hagemann und Heinrich Demelius bestätigten dieses Bild (16). Von der Vorstellungswelt des

---

(10) So GUNTER GUDIAN, *Ingelheimer Recht im 15. Jahrhundert* (Aalen 1968); DERS., *Zur Charakterisierung des deutschen mittelalterlichen Schöffenrechts,* in: *Festschrift für Helmut Coing* I (München 1982) S. 113 ff.

(11) KARL KROESCHELL, " *Rechtsfindung". Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung*, in: *Festschrift für Hermann Heimpel* III (Göttingen 1972) S. 498 ff.

(12) GUNTER GUDIAN, *Die Begründung in Schöffensprüchen des 14. und 15. Jahrhunderts.* Jur. Diss. Frankfurt 1960.

(13) WILHELM EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung* (wie oben Anm. 5) S. 15.

(14) KARL KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte II* (Reinbek 1973; 8. Aufl. Opladen 1992) S. 122 ff.

(15) WILHELM EBEL, *Über die Formel " für mich und meine Erben " in mittelalterlichen Schuldurkunden,* in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 84 (1967) S. 236 ff.

(16) HANS RUFOLF HAGEMANN, *Gedinge bricht Landrecht*,in*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 87 (1970) S. 114 ff.; HEINRICH DEMELIUS, *Eheliches Güterrecht im spätmittelalterlichen Wien* (Sitzungsberichte der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Bd. 265, 4.Abhandlung, Wien 1971).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

späteren, dem gelehrten Recht entstammenden Rechtssprichworts " Gedinge bricht Landrecht " war man noch weit entfernt. Den damaligen Forschungsstand faßte ich selbst 1973 in den Worten zusammen: " Es gibt den festen Brauch rechtsgeschäftlicher Regelung, die aber nur für den Einzelfall Recht schafft; eine ungeschriebene Legalordnung gibt es nicht. Das mittelalterliche deutsche Recht kennt also Rechtsgewohnheiten, aber kein Gewohnheitsrecht " (17).

Damit war das Stichwort von den " Rechtsgewohnheiten " gegeben, das allerdings fast zwei Jahrzehnte lang von niemandem aufgenommen wurde. Auch andere Versuche, die abweichende Normstruktur des mittelalterlichen Rechts auf den Begriff zu bringen, wurden allenfalls mit freundlichem Spott registriert (18). Fritz Kern und sein " gutes altes Recht " fanden dagegen engagierte Verteidiger (19).

III.

Der hier anzuzeigende schmale Band ist ein Dokument des Umdenkens, und man wird es mir als Rezensenten gewiß nicht verargen, wenn ich darüber eine gewisse Genugtuung empfinde.

Es handelt sich um die Veröffentlichung der Referate, die beim 28. Deutschen Rechtshistorikertag in Nijmegen 1990 in der Sektion " Mittelalterliches Gewohnheitsrecht " gehalten worden waren. Von Reiner Schulze koordiniert und eingeleitet, suchen diese Beiträge die Distanz zwischen dem geläufigen Begriff des Gewohnheitsrechts und dem eigenartigen Phänomen der Rechtsgewohnheiten unter verschiedenen Blickwinkeln auszumessen und bieten so insgesamt ein erstes plastisches Bild. — Die nachfolgende Übersicht will weder ein erschöpfendes Referat noch gar eine Auseinandersetzung bieten, sondern kann nur wenige charakteristische Aspekte der Referate hervorheben.

In seiner Einleitung (S. 9-20) skizziert Reiner Schulze zunächst die veränderte Lage, in der sich die heutige Forschung zum mittelalterlichen Gewohnheitsrecht befindet. Die Skepsis gegenüber den traditionellen Vorstellungen vom " germanischen " Mittelalter spielt dabei ebenso eine Rolle wie die geschärfte Sensibilität für die Zeitgebundenheit bestimmter Fragestellungen. Die Wiederentdeckung ethnologischer Parallelen läßt die Fremdartigkeit frühen Rechtsdenkens deutlicher hervortreten, und insbesondere die verbreitete Mündlichkeit noch des mittelalterlichen Rechtslebens weckt Zweifel an der Brauchbarkeit moderner Vorstellungen von Normativität. So greift Schulze meinen

(17) KARL KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte II* (wie oben Anm. 14) S. 86.

(18) Vgl. KARL KROESCHELL, *Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters*, in *Der Staat*, Beiheft 6 (Berlin 1983) S. 47 ff., und dazu D.S., *Auf der Suche nach dem Gegenstand*,in *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984) S. 9 ff.

(19) Vgl. etwa GUSTAV KLEMENS SCHMELZEISEN, *Zum frühen Gewohnheitsrecht*, in *Revue d'histoire du droit*, XLII (1974) S. 313 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vorschlag, für das Mittelalter von " Rechsgewohnheiten " zu sprechen, ausdrücklich auf (S. 12), weil es dadurch ermöglicht werde, die Andersartigkeit dieses historischen Gegenstandes zum Ausdruck zu bringen.

Die " mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem " ist das Thema des Beitrages von Gerhard Dilcher, der offenbar gegenüber der Vortragsfassung wesentlich erweitert worden ist (S. 21-65). Auch Dilcher betont zunächst die relative Modernität der Vorstellung vom Gewohnheitsrecht, die seit der " Renaissance des 12. Jahrhunderts " (Charles Homer Haskins) unser Rechtsdenken beherrscht, und akzeptiert "als Sprachgebrauch der Verfremdung " den Ausdruck " Rechtsgewohnheit " (S. 29). Sehr treffend wird bemerkt, daß dieser Bezeichnungswechsel die Abkehr von einer juristischen Geltungstheorie und die Hinwendung zur empirischen Rechtssoziologie zum Ausdruck bringt (S. 30). Quellengemäß ist in der Tat für die ältere Zeit weder das " Gewohnheitsrecht " noch die " Rechtsgewohnheit ". Den frühesten Beleg für die letztere findet Dilcher bemerkenswerterweise bei Savigny. Mir selbst war das Wort wohl bei Wilhelm Arnold begegnet (20).

Der weitere Gang von Dilchers Untersuchung, der hier im einzelnen nicht verfolgt werden soll, läßt sich am besten mit Hilfe von zwei Abschnittsüberschriften andeuten: " Die Rechtsgewohnheit in der Sicht eines ethnologisch-anthropologisch begründeten soziologischen Rechtsverständnisses " (S. 37 ff.), und: " Mittelalterliche Rechtsgewohnheit in der Typik oraler Gesellschaften. Lateinisches Mittelalter und Volkskultur " (S. 52 ff.). Wie man sieht, bezieht sich Dilcher hier auf die beiden wichtigsten neueren Forschungstendenzen in der rechtshistorischen Mittelalterforschung. Mit der Integrationsfähigkeit, die so viele seiner Arbeiten kennzeichnet, bezieht er aber auch eine Vielzahl anderer Ansätze und Gesichtspunkte mit ein und entwirft so ein facettenreiches Bild des Forschungsumfelds, in dem das Problem mittelalterlicher Rechtsgewohnheiten heute zu sehen ist. Es ist nur folgerichtig, wenn die Arbeit mit einem Zitat aus Eugen Ehrlichs Rechtssoziologie schließt, wonach der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung " in der Gesellschaft selbst " liegt (S. 65).

" Die unter Sachkennern im Prinzip unstreitige Einsicht, daß das schriftlose Recht von einer schwächeren und andersartigen Geltungsstruktur ist als das heutige Recht oder daß es gar der Normativität entbehre, wird. .. von anderen oft mit ungläubigem Staunen quittiert. Dies gilt nicht nur für Juristen, sondern infolge eines entsprechenden, allgemein verbreiteten ' Laienverständnisses ' vom Recht, auch für Hi-

(20) WILHELM ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben* (Berlin 1805) S. 270 ff. Dazu KARL KROESCHELL, *Ein vergessener Germanist des 19. Jahrhunderts: Wilhelm Arnold*, in: *Festschrift für Hermann Krause* (Köln, Wien 1975) S. 253 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storiker " (S. 76). Diese bemerkenswerten Sätze kennzeichnen die Perspektive von Jürgen Weitzels Beitrag über " Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren " (S. 67-86). Es geht ihm darum, die " konkret-konsensuale " Geltungsweise des mittelalterlichen schriftlosen Rechts begreiflich zu machen, wie es in dem von den Urteilern " gefundenen " und auch von den Parteien akzeptierten Urteil in Erscheinung tritt (21). Weitzel wirft aber darüber hinaus die Frage auf, ob es nicht schon vor oder " unterhalb " dieser Art von Geltung rechtliche Regeln gibt. Er bejaht diese Frage mit Entschiedenheit, und zwar nicht nur für Verfahrensregeln, sondern auch für inhaltliche Vorstellungen, die den Rechtsbehauptungen der Parteien unausgesprochen zugrundelägen. Die Auffassung, " am Anfang " habe es nur Verfahrensrecht gegeben, lehnt Weitzel ausdrücklich ab (S. 82). Seine Sicht legt freilich das Mißverständnis nahe, es sei doch wieder vom Gewohnheitsrecht im herkömmlichen Sinne die Rede.

Gleichsam das Kontrastprogramm zu den bisher vorgestellten Beiträgen bietet die Studie des seither so früh verstorbenen Udo Wolter über " Die ' consuetudo ' im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts " (S. 87-116). Ausgehend vom römischen Recht und seiner " consuetudo "-Lehre, schildert Wolter zunächst die Anfänge der kirchlichen Doktrin von Tertullian und anderen lateinischen Kirchenvätern bis zu Isidor von Sevilla. Deutlich tritt die gratianische Wende in der Lehre von der " consuetudo " hervor. Wurde diese zuvor als "lex non scripta " charakterisiert, so bezeichnet Gratian umgekehrt das Gesetz als " consuetudo in scriptis redacta ". Auf dieser Grundlage haben dann die Kanonistik und die päpstliche Gesetzgebung die klassische Lehre vom Gewohnheitsrecht ausgeformt — mit der " praescriptio " als Geltungsvoraussetzung sowie " ratio " und " veritas " als kritischen Maßstäben.

Einem anderen schwierigen Problemfeld wendet sich Elmar Wadle zu, indem er das Verhältnis von " Gewohnheitsrecht und Privileg ", vor allem nach den Königsurkunden des 12. Jahrhunderts, behandelt (S. 117-148). In einleitenden Betrachtungen stellt Wadle zunächst klar, wie er seine beiden Grundbegriffe zu verwenden gedenkt. Während er den Begriff " Gewohnheitsrecht " zunächst möglichst unbestimmt halten möchte, entscheidet er sich beim Privileg für eine formale Definition als " Rechtsaussage eines Herrschaftsträgers in Urkundenform ". An der Relation der beiden Phänomene interessiert ihn vor allem die Frage: " Wie geht die Privilegienpraxis mit der Rechtsgewohnheit, mit dem Gewohnheitsrecht um? " (S. 128). Diese Frage sucht Wadle an Hand

(21) Grundlegend für die Vorstellung von der " konkret-konsensualen Rechtsgeltung ": JÜRGEN WEITZEL, *(Dinggenossenschaft und Recht* Bd. I und II (Köln, Wien 1985).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des umfangreichen Bestandes der Königsurkunden des 12. Jahrhunderts, von Lothar III. bis zu Friedrich Barbarossa, zu beantworten.

Das Ergebnis ist höchst aufschlußreich. Die geläufige Rede von " usus ", " mos " und (zunehmend) " consuetudo " bezieht sich nicht nur auf Institutionen wie die (oder eine) Kirche oder das Königtum, sondern immer häufiger auf Städte oder Länder. Gerade bei Städten meint die Formel " consuetudines et iura " anscheinend die Gesamtheit ihres Rechts. Daß man sich dies aus der Gewohnheit erwachsen denkt, zeigt die neue Wendung " consuetudinarium ius ". Offenbar nähert man sich hier der kirchlichen Begriffswelt an. Dazu stimmt auch, daß die Privilegien zunehmend zwischen guten und schlechten Gewohnheiten unterscheiden und mit den Merkmalen der " ratio " und " iustitia " gegeneinander abgrenzen.

Der abschließende Beitrag von Heiner Lück bringt unter der Überschrift " Nach Herkommen und Gewohnheit " Beobachtungen zum Gewohnheitsrecht in der spätmittelalterlichen Gerichtsverfassung Kursachsens (S. 149-160). Seine Quellen sind die mehr als 560 erhaltenen Amtserbbücher und Dorfgerichtsbücher aus der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts, die in den Staatsarchiven Dresdens und Magdeburgs bewahrt werden. Sie lassen noch im frühneuzeitlichen Territorialstaat den Fortbestand mittelalterlicher Gewohnheiten erkennen, und zwar vor allem auf der Ebene der örtlichen Gerichte. Manches davon reicht bis in die Zeit der hochmittelalterlichen deutschen und flämischen Kolonisation, ja bis in die ursprünglichen slawischen Verhältnisse zurück. Daß die Gewohnheiten von den Juristenfakultäten wie den mit ihnen verbundenen Schöppenstühlen in Leipzig und Wittenberg als Rechtsquellen im Sinne der gelehrten Doktrin anerkannt wurden, ist vielleicht weniger erstaunlich als der Umstand, daß die konservativeren Magdeburger Schöppen noch lange Zeit nur " nach Recht ", aber nicht nach Gewohnheit urteilten.

Insgesamt ist der schmale Band ein eindrucksvolles Zeugnis für die Veränderungen, die unser Bild vom frühen und mittelalterlichen deutschen Recht gegenwärtig durchmacht. Das neue Problembewußtsein der germanistischen Rechtshistoriker hat den bahnbrechenden Arbeiten etwa von Wilhelm Ebel, Hans-Rudolf Hagemann und Heinrich Demelius nachträglich die Resonanz verschafft, die ihnen lange versagt geblieben war. Gewiß wird es über das richtige Verständnis des mittelalterlichen Rechts noch viele Diskussionen geben. Seine fundamentale Andersartigkeit (oder muß man heute " Alterität " sagen?) gegenüber modernen Vorstellungen wie der vom " Gewohnheitsrecht " dürfte jedenfalls unter Rechtshistorikern nicht mehr strittig sein.

KARL KROESCHELL

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JEAN-LOUIS HALPERIN, *L'impossible Code civil,* Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Histoires », 1992, pp. 309.

1. Il Codice, e in particolare il Codice per eccellenza, il *Code civil,* si è costantemente fondato su una retorica caratterizzata da immagini ambigue, capaci di evocare, nello stesso tempo, una svolta, una profonda frattura con la tradizione e un'ininterrotta continuità con essa, l'inizio di una nuova èra e la mera riaffermazione di un sapere tecnico raffinatosi nel corso dei secoli. La novità della compiutezza sistematica del Codice e la sua presunta chiusura ermetica nei confronti del passato, imposta dal divieto di eterointegrazione, non riesce mai del resto a cancellare l'ambiguità della sua legittimazione: i tempi lunghi della tradizione giuridica che traspaiono dalle scelte tecniche possono cosi essere letti in modo autonomo rispetto alla svolta impressa alla gerarchia delle fonti dalla presenza assolutistica della legge e dell'onnipotente volontà del legislatore; così come resiste alla retorica della svolta ed esalta invece continuità, capaci di imporsi ' di per sé ', il ricorrente riferimento al collegamento naturale e necessario tra i princìpi codificati e l'identità giuridica nazionale e all'impossibilità di mutare con un tratto di penna la sedimentata prassi giuridica della vita quotidiana. L'affermarsi della semplificazione (o, se si preferisce, della sclerosi) nella pluralità delle fonti del tardo diritto comune e il trionfo del monopolio incontrastato della legge uguale è stato dunque sorretto richiamando principi antagonistici ad essi e insistendo su una retorica che, affermando il Codice, continuava a negarne l'essenza innovativa. Il richiamo alla svolta epocale era incapace di fondare in solitudine il nuovo ordine giuridico: un'ossessiva insistenza sulla necessaria continuità con la tradizione, con il lascito delle generazioni antecedenti, con l'eredità dei padri, innervava e condizionava pertanto non solo le scelte degli interpreti, ma la stessa pensabilità del Codice.

Su queste polarità (innovazione e continuità) si fondano del resto le più celebri pagine di difesa del Codice, quelle del *Discours préliminaire* di Jean-Etienne-Marie Portalis (e non si deve dimenticare che siamo di fronte appunto ad ' un discorso ' dalle forti valenze politiche che mira a legittimare determinate scelte di fronte ad un determinato uditorio). In quelle pagine il Codice presuppone la rottura radicale con il passato, presuppone la svolta rivoluzionaria, ma è sostenuto da argomentazioni che lo rendono ' possibile ' solo in virtù di un'opposizione violenta all'*esprit révolutionnaire.* La rottura con il passato è affermata e negata allo stesso tempo. I caratteri del Codice, non a caso, sono fatti emergere insistendo proprio sulla distanza che li separa dalle leggi « hostiles, partiales, éversives » del periodo rivoluzionario: leggi instabili, volte a porre in primo piano obiettivi politici e a cancellare ogni cosa del passato, pronte a sacrificare ogni diritto di fronte a un misterioso e variabile interesse di Stato, ad annullare ogni autonoma caratteristica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto privato, trasformando tutto in diritto pubblico. Il Codice ovviamente non può nascere da tali eccessi (dipinti a tinte ancor più forti da Portalis nelle pagine conclusive *De l'usage e de l'abus de l'Esprit Philosophique durant le XVIIIe siècle,* poi parzialmente riprese nel *Discours),* esige stabilità, serenità, uno sguardo pacato e una valutazione saggia nei confronti dell'eredità del passato. L'immagine del Codice si compone così di contrasti e mostra, più che innovazioni, profonde continuità con le tradizioni.

È utile, prima di considerare il testo di Halpérin, dedicare ancora un po' di attenzione alla questione, continuando a seguire Portalis. L'odio per il passato, il desiderio di distrugger tutto, ha imposto una legislazione violenta e ingiusta, ha spinto a infrangere la naturale continuità del tempo e ad agire come se il genere umano finisse e cominciasse in ciascun istante, senza nessuna comunicazione tra una generazione e l'altra. Il Codice può nascere solo fondandosi su una diversa consapevolezza del tempo e del suo ordinato succedersi: è condannato a innovare, ma deve farlo senza dimenticare che tutto quello che è vecchio è stato nuovo, senza trascurare i legami naturali del passato al presente, del presente all'avvenire (quei legami che mostrano l'identità di un popolo); deve farlo, dunque, avendo ben presente l'eredità dei padri e *l'esprit des siècles.*

La difesa dell'irretroattività delle leggi civili torna ancora a ribadire questo punto. Più preoccupato di persuadere che di porre sottili distinzioni teoriche, più attento ai risvolti politici del discorso che alle sue eventuali zoppìe tecniche, Portalis tiene a mostrare soprattutto la profonda distanza che separa la visione della legge presente nel Codice da quella di una sua assoluta onnipotenza capace di estendersi anche al *système de la nature.* Negando gli eccessi rivoluzionari, agitando lo spettro delle leggi retroattive dell'anno II, si torna a mostrare, in positivo, un Codice attento al passato e alle vicende degli uomini. Il *système de législation,* il potere legislativo che pur rappresenta la umana onnipotenza, non può opporsi al *système de la nature:* quel potere infatti non può estendersi alle cose che non sono più; non può, retroagendo sul passato, far rivivere i timori degli uomini senza poter ridare loro la speranza, quella speranza che è posta nell'ordine della natura ad addolcire l'incertezza del futuro. La legge che pretende di dominare non solo l'avvenire ma anche il passato, e che intende cancellare d'un tratto tutti i precedenti abusi, si rivela necessariamente pericolosa: si scontra con l'ordine naturale delle cose, crea incertezza e disordine; impedisce che il passato diventi vera fine delle umane incertezze e pretende che gli uomini siano prima della legge quello che essi devono divenire solo grazie ad essa. Siamo lontani sia da una teorizzazione della irretroattività della legge che da una lettura delle leggi del periodo rivoluzionario; e abbiamo ancora l'implicita riproposizione di uno schema duale di innovazione e continuità: la centralità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Codice, l'assoluta preminenza del diritto nazionale e statale, il diritto certo e chiaro per l'avvenire continua a legittimarsi in opposizione agli ' eccessi ' del recente passato rivoluzionario.

Ed è ancora questo contrasto che ci dà la figura del buon legislatore: può infatti dare un Codice duraturo alla Francia, un vero Codice, solo un legislatore alieno dagli eccessi e dal furore innovativo, dalla precipitazione delle leggi politiche, dalle *lois de combat.* Non si tratta però solo di operare una saggia transazione tra opposti e di procedere con moderazione, quella moderazione pur così cara a Portalis: è il Codice che esige e che si sostiene su quei dualismi. A quelle contrapposizioni rinviano infatti gli stessi caratteri del diritto privato: come dimenticare, anche di fronte al nuovo insieme omogeneo e completo di norme capaci di far finalmente perdere forza di legge al confuso ammasso di fonti antecedenti, che il diritto privato può essere compreso solo in riferimento alle sue radici ben affondate all'interno dei costumi; come ignorare l'impossibilità di racchiudere in una normativa precisa tutte le possibili vicende della relazioni tra gli uomini, come prescindere dal sedimentato strumentario della tecnica civilistica. La consapevolezza di questi caratteri torna ad accentuare la frattura con la legislazione rivoluzionaria e a sostenere, ancora una volta, il nuovo modello legislativo in riferimento ai tempi lunghi della mentalità, al tema della necessaria continuità con le tradizioni.

L'espediente retorico porta naturalmente ad estremizzare i contrasti sino a banalizzarli e, attraverso facili e fortunati dualismi, ' descrive ', accredita (inventa) due ' realtà ' contrapposte: il diritto codificato (il diritto del Codice Napoleone) come un diritto intertemporale, sedimentatosi lentamente nel tempo, un diritto realistico e moderato, puro perché estraneo all'immediatezza di scelte politiche contingenti; di fronte ha l'ideologico diritto della Rivoluzione (in particolare il diritto fortemente politicizzato degli anni 1792-1794), un diritto utopico e violento che ha avuto l'assurda pretesa di travolgere tutto, di sacrificare ogni cosa all'onnipotenza del legislatore e che ha persino preteso con le sue leggi retroattive di ' travolgere ' il corso ordinato del tempo. Quei contrasti non ci danno solo i presupposti ritenuti indispensabili per affermare il Codice, ma ci raccontano anche come ovvia la relazione tra Rivoluzione e diritto: ci dicono che i progetti di codificazione del periodo rivoluzionario erano necessariamente condannati al fallimento, sognavano un Codice irraggiungibile in un periodo di così forte instabilità politica, un Codice impossibile perché dominato dalle sole scelte politiche; ci mostrano la legislazione di diritto civile del periodo rivoluzionario come un effimero diritto transitorio, un " droit intermédiaire " (condanna contro cui non a caso si scagliava già a fine Ottocento Sagnac nel suo pionieristico studio sulla legislazione civile della Rivoluzione).

Uno studio attento del diritto civile della Rivoluzione e, in parti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

colare, sui progetti di Codice di Cambacérès, è costretto ancor oggi a confrontarsi con queste consolidate rappresentazioni. Più che la mancanza di ampi studi sulla storia giuridica della Rivoluzione francese (lacuna che tende oggi ad essere sempre più colmata, cfr. O. BEAUD, « Ouverture: L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible? », in *Droits,* 17, 1993: *La Révolution française et le droit,* pp. 3 e ss), ad imporre il confronto è la difficoltà di abbandonare la visione ' duale ' del Codice a cui segue la riproposizione, magari solo implicita, di una storia giuridica che, pur percorrendo nuovi e suggestivi sentieri interpretativi ed un'analisi dettagliata della legislazione civile della Rivoluzione, finisce poi con il fornirci un quadro di insieme incapace di porre davvero in crisi la ' semplicistica ' rappresentazione della realtà presente nella retorica dei redattori del Codice. È, in fondo, il mito del Codice che vince ancora: continua a raccontarci la storia esistente come l'unica possibile e a mostrarci attraverso il prisma consolidato delle sue rappresentazioni le vicende giuridiche del passato, dal diritto comune alla Rivoluzione.

2. Il libro di Halpérin prende sul serio i dualismi sopra richiamati, tanto da assumerli a dichiarato ' nemico ' della sua intera lettura. Ripercorrere le vicende del diritto della Rivoluzione, analizzare i progetti di Cambacérès, cercare di comprendere perché nel periodo tra il 1789 e il 1799 la codificazione sia stata impossibile in Francia, vuol dire soprattutto abbandonare quei semplificanti dualismi e, con essi, le classificazioni riduttive del diritto civile del periodo rivoluzionario. Semplicistica appare la classica distinzione tra un periodo di preparazione lunga del Codice (passata attraverso la lenta rielaborazione del *droit commun coutumier)* e la fase breve di preparazione vera e propria; quella tra un diritto codificato come diritto ' puro ' e un ideologico diritto rivoluzionario (si obietta, con ovvietà, che non può esistere diritto civile senza politica); quella tra *lois de combat* del periodo rivoluzionario e leggi di compromesso della legislazione napoleonica; quella tra un diritto utopico (e violento) ed un diritto realistico. Le contrapposizioni evocate dalla retorica ' di fondazione ' del Codice di Portalis sono, dunque, tutte da combattere.

Le consapevolezze che ' armano ' la rinnovata esigenza di andare al di là di quegli schematismi sono segnalate con cura da Halpérin: comprendere il diritto privato significa essere in grado di cogliere le sue radici nei costumi, nelle abitudini regionali, nei comportamenti familiari, significa seguire i ritmi lenti della mentalità, della storia della vita privata, aver consapevolezza della naturale tendenza della materia sociale a sottrarsi ai radicali capovolgimenti che spesso caratterizzano l'àmbito costituzionalistico; significa essere in grado di cogliere la sua raffinatezza tecnica, solo i giuristi lo conoscono, solo essi sono in grado di svolgere un ruolo essenziale nella legislazione; significa, insomma,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non dimenticare l'ammonimento di Tocqueville: « les lois civiles ne sont familières qu'aux légistes, c'est-à-dire à ceux qui ont un interêt direct à les maintenir telles quelles sont, bonnes au mauvaises, par la raison qu'ils les savent ». Consapevolezze non innocue se applicate alla lettura della legislazione civile del periodo rivoluzionario: costringono, ad esempio, a riflettere in modo più approfondito sulle scelte dei giuristi durante la Rivoluzione, andando oltre la ricorrente, quanto poco documentata, affermazione della centralità del loro ruolo; spingono a riconsiderare, andando oltre le frequenti invettive contro gli uomini di legge come « aristocratie révoltante », « vampires de la République », le politiche delle Assemblee rivoluzionarie nei confronti dei giuristi. La complessità delle scelte tecniche sottese alla legislazione civilistica spinge soprattutto a diffidare di una mera prevalenza del ' politico ' e sposta l'attenzione verso una sociologia degli uomini di legge che mira a scomporre la presenza di una monolitica figura di giurista per mostrare invece il quadro variegato degli interessi della società giudiziaria francese alla fine dell'antico regime (solo una piccola minoranza di giuristi partecipò al dibattito sulla codificazione, e pochissimi ebbero vera familiarità con i testi del giusnaturalismo e dei filosofi dell'illuminismo) e a valutare, al di là dei cicli politici della Rivoluzione, le molteplici continuità presenti nelle scelte della giurisprudenza civilistica del periodo rivoluzionario (sulla questione si possono confrontare dello stesso autore: « Haro sur les hommes de loi », in *Droits,* 17: *La Révolution française et le droit,* pp. 55 e ss.; « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », in R. BADINTER (ed.), *Une autre Justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française,* Paris, Fayard, 1989, pp. 225 e ss.; e *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799),* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987). Interrogarsi, da questo punto di vista, sulle relazioni tra la Rivoluzione e il suo Codice civile *impossible* conduce necessariamente a intrecciare *histoire législative, histoire politique e histoire sociale de l'hommes de loi.*

Sono, in fondo, le stesse, consapevolezze che sostenevano le distinzioni di Portalis ad essere utilizzate contro di esse. Se è vero che è difficile recidere le radici del diritto civile e che esso può essere ' dato ' e compreso solo avendo piena cognizione della sua dimensione tecnica, ciò sarà valido anche per la legislazione civile della Rivoluzione: essa non fu dunque ' di natura ' diversa rispetto al Codice, anch'essa deve essere compresa puntando l'attenzione sulle scelte dei giuristi che continuarono a conservare in questo settore un ampio margine di autonomia; quelle leggi sono pertanto espressive di un diverso disegno di politica legislativa e non manifestazione violenta e antigiuridica di un potere tirannico. Superata la denigrazione del diritto rivoluzionario e scevri da devianti pregiudizi, si possono così rileggere le vicende dei tre progetti di Codice di Cambacérès, ponendo finalmente in discussione le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consuete spiegazioni sul succedersi degli abbandoni (ad esempio: il primo progetto condannato perché troppo complicato, troppo giuridico, espressivo di scelte dei giuristi; il secondo in quanto troppo filosofico, laconico e sintetico); e si può tornare a dare un senso meno banale alla questione del perché la Rivoluzione non giunse mai a darsi un Codice civile, del perché Napoleone riuscì ' facilmente ' a realizzare quanto era stato impossibile compiere negli anni precedenti.

3. L'ottica prescelta fa sì che punto centrale del testo di Halpérin sia in particolare la rilettura del fallimento del primo progetto di Codice di Cambacérès (presentato il 9 agosto 1793) e la conseguente approvazione delle leggi retroattive a cui si è legata gran parte della ' sfortuna ' del diritto civile rivoluzionario: la legge del 12 brumaio anno II (2 novembre 1793) sui figli naturali e quella del 17 nevoso anno II (6 gennaio 1794) sulle successioni. Chiave di volta dell'intera questione è il tema, affascinante e poco studiato, della retroattività.

L'affermazione della legge come fonte principale (esclusiva) del diritto trasformò, com'è noto, profondamente la questione dell'unificazione e della riforma del diritto civile. Le tematiche civilistiche non furono però fatte oggetto di una coerente politica legislativa: la centralità delle questioni di stampo giuspubblicistico e l'eterogenea formazione degli stessi giuristi presenti nella Costituente fece sì che si alternassero misure audaci e prudenti che mostravano il dibattito legislativo spesso più arretrato rispetto a quello presente nell'opinione pubblica. L'ostilità, ad esempio in tema di primogeniture, nei confronti di misure retroattive (" nulle puissance humaine ni surhumaine ne peut légitimer un effet rétroactif " proclamava Mirabeau) conduceva al mantenimento dei privilegi e delle pratiche inegualitarie di antico regime e poneva la prassi in contrasto con l'idea della Rivoluzione come ' rigenerazione ', come deliberata rottura con il passato. La posizione dei giuristi non appare certo univocamente dettata da convinzioni tecniche: se nel febbraio del 1790 è Merlin de Douai, ad esempio, a tracciare la strada alle leggi retroattive della Convenzione (" en abrogeant une loi injuste, on ne fait strictement parlant, ou du moins on ne devrait que rétablir les choses dans l'état où elles seraient, ci cette loi n'avait jamais existé "), nell'aprile del 1795 è lo stesso giurista a prendere le distanze dalle leggi civili della Convenzione montagnarda e ad accreditare l'ipocrita tesi di una partecipazione minima dei giuristi all'elaborazione delle leggi retroattive che contribuì ad incrementare il corposo *dossier d'accusation* apertosi contro quelle leggi dopo il Termidoro (pp. 92 e 154 e ss.).

Il primo progetto di Cambacérès, pur intervenendo nel clima di radicalizzazione che caratterizzò anche il dibattito su temi civilistici dopo la sconfitta dei girondini, operò nella sua prima stesura delle scelte molto moderate in tema di retroattività. Ispirandosi alla massima per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui « donner aux lois nouvelles un effet rétroactif ce serait détruire l'harmonie sociale », Cambacérès ammise pochissime eccezioni al principio dell'irretroattività. Una scelta moderata che segnò fortemente il destino del progetto. Nella discussione alla Convenzione infatti si reclamò con forza l'esigenza politica di ricorrere ad un più ampio effetto retroattivo, capace di rendere effettivamente uguali tutte le successioni apertesi dopo il luglio del 1789: un voto in tal senso costrinse Cambacérès a rivedere il suo progetto iniziale; ma con improvviso capovolgimento dell'andamento della discussione nella seduta del 13 brumaio anno II (3 novembre 1793) si decise di abbandonare il progetto.

L'invocazione dello strapotere degli uomini di legge che pur fu utilizzata per motivare l'abbandono del progetto, appare solo un pretesto volto a mascherare la questione centrale collegata proprio al tema della retroattività della legge. La data dell'abbandono, il 13 brumaio, non è certo casuale: pochi giorni prima, il 5 brumaio, la Convenzione aveva approvato, quasi come appendice al Codice ancora in discussione, una legge che stabiliva la riapertura delle successioni chiusesi dopo il 14 luglio del 1789 con il fine di realizzare una divisione uguale tra gli eredi « nonobtant toutes lois, coutumes, usages, donations, testaments et partages déjà faits » (una legge che assunse la sua veste definitiva nella ' interpretazione ' che le fu data, in realtà si trattò di una complessiva modificazione, con la successiva legge del 17 nevoso); e solo il giorno prima, il 12 brumaio, era stata approvata la legge che assimilava i figli naturali ai legittimi e che, dando la possibilità ai figli i cui genitori fossero morti tra il 14 luglio 1789 ed il 2 novembre del 1793 di provare il loro possesso di stato, accordava per il passato diritti non garantiti per l'avvenire (in cui la possibilità di un libero riconoscimento dei figli avrebbe operato unitamente al rigoroso divieto di ricerca di paternità).

Halpérin legge queste vicende facendo convivere storia politica e storia legislativa al di là delle ' leggende ' formatesi attorno al diritto civile rivoluzionario. Rinviando l'approvazione del Codice ed approvando leggi ' parziali ' retroattive, la Convenzione rinunciò a dare un ordine per il futuro e scelse la politica del giudizio rivoluzionario sul presente e sul passato; scelse di porre un rimedio nei confronti delle ingiustizie del passato piuttosto che legiferare in modo definitivo per l'avvenire (adottare il Codice, infatti, avrebbe significato porre fine alla Rivoluzione; aggiornarne la compilazione significava proclamare, al contrario, che essa non era ancora finita). Il fallimento del primo progetto di Codice e l'affermarsi della legislazione civile retroattiva vanno, dunque, compresi in necessaria relazione con l'affermarsi del governo rivoluzionario, tra l'agosto e il settembre del 1793, e con le sue successive scelte. Sarebbe erroneo però, si aggiunge, ridurre l'intera legislazione civilistica del periodo al prevalere delle sole scelte politiche,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentandola quasi come una mera riproposizione delle legislazione del Terrore.

Molte le argomentazioni portate in questa seconda direzione e molte, anche se non richieste, le presentazioni di scuse poste quasi ad attenuare la politicità delle scelte presenti nelle leggi civilistiche rivoluzionarie e la stessa scelta della retroattività. Possiamo elencare in ordine sparso. La legge del 17 nevoso non può certo essere rappresentata come un mostro antigiuridico, violenta fantasticheria dei montagnardi: non fu certo Robespierre a dettare le leggi retroattive (la pressione del Comitato di Salute pubblica fu molto forte in tema di leggi repressive, ma tenue in tema di leggi civili riguardo a cui i giuristi conservarono una loro forte autonomia); i princìpi di fondo cui queste leggi si ispirarono non emersero certo improvvisamente nel 1793/94; anzi, la scelta della retroattività corrispondeva ad una sua logica autonoma, scritta non nelle politica legislativa del Terrore ma nei grandi princìpi della Rivoluzione, in quanto coronava in tema di successioni il principio dell'uguaglianza nelle divisioni che era reso effettivo senza accedere a misure ' ultrarivoluzionarie ', senza aggredire cioè il diritto di proprietà (furono rigettate infatti le proposte più radicali che prevedevano la limitazione delle quote ereditarie e la distribuzione delle parti eccedenti agli indigenti); l'effetto retroattivo rappresentava inoltre una misura tecnica in grado di risolvere senza molte incertezze il problema della transizione tra le vecchie leggi e le nuove saltando incerti ' interregni '. Anche nel caso della legge del 12 brumaio si mira a relativizzare la rottura con il passato: quella legge in fondo era l'espressione di una strategia moderata e difensiva dei giuristi che evitava l'adozione di un effetto retroattivo illimitato nel tempo; più che prodotto astratto dell'ideologia rivoluzionaria era il tentativo di rispondere ad una reale questione sociale; non intendeva certo introdurre con la forza nuovi figli nella famiglia, ma era tutta fondata sulla volontà del padre, libero di riconoscere i figli naturali; quella legge dunque, come la legge sul divorzio, non costituiva un incoraggiamento all'immoralità, ma consacrava una concezione volontaristica e liberale dei rapporti famigliari.

E ancora: quelle leggi, indirizzate soprattutto a porre un rimedio alle ingiustizie del passato, avrebbero assunto un volto compiuto solo in riferimento alla regolamentazione ordinata dell'avvenire data dal Codice; la mancata approvazione del Codice rafforzò il loro carattere parziale e aggressivo. Insomma, il destino, la sfortuna di queste leggi non fu determinato dalle scelte concrete in esse contenute, ma dalla circostanza della loro applicazione in pieno Terrore. Quelle leggi non sono ' figlie ' del Terrore ma piuttosto sue ' vittime ', in quanto subirono i contraccolpi del contesto drammatico in cui furono chiamate ad operare e furono avvolte a forza in una leggenda che ne ha falsato i caratteri reali. Del resto, Cambacérès condannò al fallimento anche il suo secondo progetto di Codice proprio giustificando il mantenimento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei princìpi presenti nelle leggi dell'anno II, « cet actee de justice », in un momento in cui dopo il 9 termidoro si affermava la reazione e quelle leggi erano oramai già rappresentate come ' espressione ' del Terrore.

A riprova dell'inefficacia di una rappresentazione volta ad accentuare la distanza tra il Codice Napoleone e le leggi rivoluzionarie si richiama, infine, l'utilizzazione del diritto naturale. Lo schematico dualismo che accredita le scelte politiche e ideologiche alle sole leggi rivoluzionarie e mostra il Codice Napoleone come ' immutabile ' sottovaluta la variegata utilizzazione, in ogni caso politica, del richiamo al diritto naturale; un richiamo che, di volta in volta, fu utilizzato per finalità estremamente diverse tra loro: per affermare, ad esempio, l'uguaglianza tra gli sposi e per sostenere la naturale subordinazione della donna all'uomo; per affermare prima e per negare poi l'effetto retroattivo delle leggi successorie.

La stessa questione della retroattività va pertanto rimeditata: siamo di fronte non ad un mostro antigiuridico, ma ad una concreta scelta politica, accompagnata da legittimazioni tecniche non peregrine; così come intrisa di politicità fu ovviamente la scelta dell'abolizione dell'effetto retroattivo (abolizione che a sua volta si sarebbe paradossalmente realizzata solo attraverso la retroattività dei suoi effetti). Nella vera e propria *guerre de pétitions,* apertasi agli inizi del 1795 sul tema della retroattività della legge del 17 nevoso, anche le argomentazioni più tecniche portate a favore e contro la legittimità delle retroattività della legge in materia civile suonano, del resto, quasi come scelta a favore o contro la stessa Rivoluzione. L'alternativa è posta con semplice brutalità nelle stesse petizioni: « vouloir régénérer un gouvernement sans donner des effets rétroactifs aux lois, c'est être en contradiction avec soi-même »; « une grande revolution n'est qu'un grand effet rétroactif ». La reazione termidoriana non poteva che abbandonare questa via e, com'è noto, non si limitò ad abbattersi contro la sola scelta della retroattività, ma smantellò in modo consistente l'impianto egualitario della legislazione degli anni antecedenti, mentre i giuristi avviavano la fortunata e esagerata lettura critica dei molti mali prodotti dalla leggi rivoluzionarie.

4. Accontentiamoci di questi ultimi dati tratti dalle ricche pagine di Halpérin. Si ha l'impressione che la negazione dei dualismi posti a fondamento del Codice sia troppo provata, e facilmente provata, perché in sé evidente, e che la questione centrale sottesa all'affermazione del Codice (e alla incapacità della Rivoluzione di darsene uno) sia elusa e riproposta nello stesso tempo ancora ricca di tutti i suoi contrasti. L'attenuazione, il capovolgimento, delle distinzioni semplicistiche ' alla Portalis ' ci spiega sicuramente meglio l'intreccio tra il diritto civile e la Rivoluzione, ci mostra senza pregiudizi la genesi dei fallimenti dei vari progetti di Codice e le scelte delle leggi civili rivoluzionarie. La scom-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posizione della nettezza di quei contrasti ci aiuta poco a spiegare però l'ambiguità di fondo che sarà posta a fondamento del Codice, e la cui assenza ostacolò la realizzazione un Codice civile della Rivoluzione.

I dualismi presenti nelle pagine di Portalis sono presi sul serio solo nel loro aspetto più fragile, come ingannevole ' descrizione ' di una determinata realtà; essi sono invece sottovalutati nella loro portata di fondamento ' immaginario ', di presupposto legittimante, del Codice. In altre parole: la difesa dell'irretroattività della legge di Portalis, e l'intera retorica di sostegno del Codice, non è certo sganciata da concrete scelte politiche, così come non lo è il diritto rivoluzionario; ma la grandezza di quel sostegno al Codice non sta certo nella sua, illusoria quanto esaltata, distanza della politica, ma sta nel mostrare quella distanza come vera, come inevitabile, come necessaria, sta nel lasciarlo credere (e nel crederci), sta nel fondare su di essa, e sul conseguente rifiuto degli eccessi del diritto rivoluzionario, la legittimità del Codice. La ' leggenda ' del terribile diritto della Rivoluzione anche se sfatata resta ' vera ' e va spiegata: grazie ad essa infatti il Codice, espressione dell'onnipotenza de legislatore era rappresentato come sottratto ai suoi arbitri, lontano da dispotici eccessi; è grazie al mito del principio ' rivoluzionario ' della retroattività, presentato come mera arma politica di insensato dispotismo legislativo ' contro il tempo ', che si poteva mostrare come necessaria ed invalicabile, indisponibile anche per lo stesso legislatore, l'irretroattività affermata nel Codice. Il diritto civile ' eversivo ' della Rivoluzione era esaltato per far esistere il Codice, per renderlo non effimero, ' immutabile ', per svincolarlo dall'abbraccio soffocante dell'assolutismo legislativo. Era la leggenda a dettare la possibilità del Codice di esistere, ed era essa, in fondo, a dare ancora un senso all'attività del giurista che, negando quel ' mostro ', negava l'incondizionata preminenza dell'onnipotenza del legislatore ed il ruolo ancillare di una scienza giuridica al servizio di tutte le scelte politiche.

Appurare che le leggi dell'anno secondo ed il Codice, cosi come la scelta a favore e contro la retroattività, erano espressione di ' uguali ' scelte politiche e tecniche, può servire a sfatare ' la leggenda ', ma non impedire che essa torni a riproporsi in quanto iscritta nei caratteri genetici del Codice. Lo stesso Halpérin, del resto, preso dall'esigenza di ' parificare ' il diritto civile della Rivoluzione ricorre ad uno schema argomentativo molto simile a quello che nega, misurando con cura la distanza tra la coerenza logica del diritto civile rivoluzionario e le scelte politiche effimere: rivendica scelte tecniche autonome della scienza civilistica non soffocate dalle decisioni politiche del Terrore e coerenti con i grandi princìpi della Rivoluzione, tratta le decisioni politiche di abbandonare i vari progetti come se a quel punto fossero cosa separata rispetto al fluire delle vicende del diritto privato; accredita implicitamente l'immagine di un diritto civile ' puro ', falsato in qualche modo dalla drammaticità dei diversi momenti politici. Anche il diritto civile e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i progetti di Codice del periodo rivoluzionario che ci mostra Halpérin oscillano tra la visione di un diritto privato caratterizzato dall'assoluta preminenza di una legge come mera espressione di decisioni politiche e convinzione della irriducibilità del diritto privato a questa sola dimensione; quella stessa ambiguità che, nella retorica di sostegno del Codice, generava mostri.

La rappresentazione della realtà che ha sorretto, ieri come oggi, la forza del Codice è, dunque, tanto illusoria quanto necessaria alla presenza del Codice. Se continuiamo ad accettare l'irriducibilità del diritto dei privati al comando legislativo e a radicarlo nella prassi lenta della vita quotidiana, nella mentalità, se riteniamo che la tecnica dei giuristi conservi ancora degli spazi autonomi (lo riteneva allora Portalis; lo ritiene oggi, e a ragione, Halpérin), l'ambigua fondazione del Codice (a meno che non lo si rifiuti come negazione della vita stessa del diritto privato) torna a riproporsi e a riproporre le sue semplicistiche ' descrizioni ' della realtà come strumento indispensabile per pensare il diritto privato. Il Codice civile della Rivoluzione resta, nell'immaginario del giurista, necessariamente ' impossibile ' perché volto in fondo a distruggere i limiti generati dai caratteri stessi del diritto privato nei confronti del legislatore e a cancellare ogni autonomia del giuridico.

Certo, come fragile era la demonizzazione del diritto rivoluzionario, così estremamente fragile era il risultato ' garantistico ' prodotto da quella rappresentazione di fronte all'assolutismo della legge. Le stesse vicende del principio di irretroattività della legge civile, caratterizzate da molteplici e spesso ' immotivati ' ritorni della retroattività, lo dimostrano. Se Portalis riteneva inessenziale far riferimento ad una norma costituzionale per fondare un principio di irretroattività imposto al legislatore dalla stesso sistema della natura; alla fine della Scuola dell'Esegesi, la stessa questione era liquidata senza tanti problemi da Huc: in assenza di un esplicito divieto costituzionale, il legislatore ha il potere di porre nel nulla anche i diritti validamente acquisiti anteriormente alla promulgazione della legge, realizzando una sorta di espropriazione per pubblica utilità del diritto. Lo spettro delle leggi civili rivoluzionarie era oramai lontano.

GIOVANNI CAZZETTA

Philipp LOTMAR — *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie* , herausgegeben und eingeleitet von Joachim Rückert, Keip Verlag, Frankfurt am Main 1992, LXXXVI und 689 Seiten.

In das lange Zeit vorherrschende Bild einer festgefügten Ordnung von Schulen und Epochen in der Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, oder genauer der Zeit zwischen Reichsgründung und Erstem Weltkrieg, ist in den letzten Jahren erhebliche Unruhe

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gekommen. Auslöser waren hartnäckig gestellte neue Fragen an alte Prädikate wie Pandektismus und Begriffsjurisprudenz und oft in Verbindung damit gründliche Untersuchungen des Lebenswerks einzelner Juristen. Beispielhaft dafür sind Studien über den Richterkönig (R. Ogorek) oder über die Autonomie des Rechts (J. Rückert) einerseits und Monographien über Windscheid (U. Falk), E.I. Bekker (M. Kriechbaum), Dernburg (W. Süß) andererseits. Ein ganz hervorragendes Verdienst an dieser heilsamen Unruhe kommt J. Rückert zu, der immer dann Erkenntnisse von größter Tragweite zutage fördert, wenn er sich besonders intensiv mit dem scheinbar begrenzten Arbeitsfeld eines einzigen Juristen beschäftigt. Das gilt für Rückerts Monographien über Reyscher und Savigny und nicht zuletzt auch für das hier anzuzeigende, Philipp Lotmar gewidmete Buch. Mit der Arbeit über Lotmar bekommen die Forschungen von Rückert aber teilweise eine neue Qualität. Ging es bisher um Reisen in die Vergangenheit, wenn auch um eine Vergangenheit, die kausal ist für unsere Gegenwart, so tritt jetzt der Gesichtspunkt der Entdeckung in den Vordergrund, die Erschließung neuer Welten, die unser Weltbild verändern wollen, weil sie sich zu Grundfragen unserer Zeit äußern, die natürlich schon immer Grundfragen des Rechts waren. Mit dem vorliegenden Band fordert Rückert auf zur Wiederentdeckung von Lotmar und seiner Konzeption eines Arbeitsrechts das zugleich ''frei und sozial '' ist. Dieses Konzept war nicht einfach vergessen worden, sondern noch zu Lebzeiten von Lotmar durch ein Recht verdrängt worden, das nicht weniger sozial sein wollte, aber glaubte, um seiner sozialen Aufgaben willen Abstriche an der Freiheit machen zu müssen. An diesem Verdrängungsprozeß war auch Sinzheimer beteiligt, der letztlich der bekanntere der beiden Gründungsväter des Arbeitsrechts blieb.

Den Hauptteil des Sammelbandes bilden Nachdrucke von elf wichtigen Arbeiten Lotmars zu Fragen von Rechtsphilosophie, Privatrecht und Arbeitsrecht. Vier dieser Arbeiten reichert Rückert in einem Anhang an durch Edition von Anmerkungen, die er Lotmars Handexemplaren der einzelnen Arbeiten entnommen hat. Bei diesen Anmerkungen handelt es sich in erster Linie um eine Fülle von Literaturnachträgen und Beobachtungen, die noch deutlicher als der Fußnotenapparat die enorme Belesenheit und den weitgespannten Rahmen der Interessen Lotmars dokumentieren. Mit Recht spricht Rückert von einer ''wunderbaren Neugierde'' des von ihm bewunderten Lotmar.

Die Gegenstände der wieder abgedruckten Texte von Lotmar sind der Begriff der Gerechtigkeit, den Lotmar in zwei Vorträgen behandelt, der Dienstvertrag im Zweiten Entwurf des BGB, die Lehre vom unmoralischen Vertrag nach gemeinem Recht, die Freiheit der Berufswahl, Tarifverträge, Aussperrung, Streikabbruch und Streikarbeit, der Arbeitsvertrag nach dem schweizerischen Obligationenrecht und die Idee eines einheitlichen Arbeitsrechts.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Philipp Lotmar ist die besondere Aufmerksamkeit Rückerts schon seit einiger Zeit gewidmet. Zu nennen sind Rückerts Artikel « Lotmar » in der Neuen Deutschen Biographie, ein Aufsatz zu dem Thema « ' Frei ' und ' sozial ': Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen » (in: Zeitschrift für Arbeitsrecht 23 (1992) S. 225-294) sowie die biographische Studie Philipp Lotmar (1850-1922) — Römisches Recht, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geiste von Freiheit und Sozialismus » (in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, hrsg. von Heinrichs, Franzki, Schmalz und Stolleis, 1993, S. 331-353). Diese Aufmerksamkeit wird Lotmar zuteil als dem zeitlich vor, aber in der üblichen Wertung hinter Hugo Sinzheimer (1875-1945) wichtigstem Begründer der selbständigen Disziplin des Arbeitsrechts. Dabei versuchte der ältere Lotmar eine betont auf den Prinzipien des Privatrechts beruhende Dogmatik des Arbeitsrechts. Dieses Arbeitsrecht wurde schließlich verdrängt durch ein mehr an den Lehren von O. v. Gierke anknüpfendes, als « soziales Sonder-Recht » verstandenes Arbeitsrecht, wofür in erster Linie der Name Hugo Sinzheimer steht, aber auch durch einen seit den 20er Jahren herrschenden Antiliberalismus, der die Liberalen zu bloßen Formalisten und die reformdemokratischen Sozialisten zu bloßen Sozialisten degradiert. Demgegenüber sind die geistigen Grundlagen für Lotmars Konzeption des Arbeitsrechts eher im Umkreis der im Ausgangspunkt bürgerlich-liberalen Prinzipien der sozialen Fragen gegenüber aufgeschlossenen Pandektenjuristen wie Jhering, Windscheid, Baron und Brinz zu suchen, die Lotmar in bewußt ethisch-sozialer Richtung weiterentwickelte.

Nach dem Urteil Rückerts verhinderten Lotmars entschiedene Parteinahme für den Sozialismus, sein Eintritt in die SPD und sein Judentum eine Berufung auf einen Lehrstuhl im Deutschen Reich. Deswegen folgte er 1888 einem Ruf nach Bern als Nachfolger des Pandektisten und Katheder-Sozialisten Julius Baron. Doch Lotmar blieb immer gemäßigt. Er scheute auch keine Kritik an den Auswüchsen der Demokratie und des Sozialismus und damit an den wachsenden Eingriffen der Staatsgewalt in die Sphäre des Individuums und der Familie. So muß man betonen, daß es nicht die Bourgeoisie war, die seine Bedeutung für das Arbeitsrecht später nicht bereit war, genügend zu würdigen. Vielmehr war es so, daß man von seiten der « Sozialismen », wie Rückert sagt, der privatrechtlichen Grundhaltung und des Liberalismus von Lotmar im Arbeitsrecht überdrüssig war. Lotmar war auch als Jude großen Schwierigkeiten ausgesetzt. Wenn man aber mit seiner Vita die Lebensläufe der anderen zeitgenössischen Juristen vergleicht, die in dem erwähnten Sammelband von Heinrichs u.a. zusammengestellt worden sind — zu nennen wären etwa die Namen Simson, Goldschmidt, Dernburg, Lasker, Laband und Jellinek bis hin zu Sinzheimer —, glaubt man fast Grund zu haben für die Annahme, daß es

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doch mehr die rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Grundsatzfragen waren, die den Vater des Arbeitsrechts letztlich fast zu einem Außenseiter machten, als sein Judentum. Ähnliches gilt auch für die Mitglieder der Familie Loening, denen Stolleis unlängst eine Studie gewidmet hat (« Junges Deutschland », jüdische Emanzipation und liberale Staatsrechtslehre, Stuttgart 1994).

Der wesentliche Zug an Lotmar ist für Rückert die Verbindung von Rechtsgeschichte des römischen Rechts, Privatrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie. Auf dem Gebiete des römischen Rechts liegt das leider ungedruckt gebliebene Manuskript über den « Error » vor, das der modernen Romanistik völlig unbekannt geblieben zu sein scheint. J.G. Wolf, Error im römischen Vertragsrecht, 1961, zitiert es nicht. Im Privatrecht hat Lotmars zweibändiges Werk « Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches » von 1902 und 1908 Epoche gemacht als erste Gesamtdarstellung des Arbeitsrechts. Die bedeutenderen rechtsphilosophischen Abhandlungen sind in dem jetzt vorgelegten Band abgedruckt.

An allen Arbeiten rühmt Rückert die wissenschaftliche Genauigkeit, die methodisch-empirische Energie, Gesetzestreue und konstruktive Produktivität, die klare Arbeitsteilung zwischen Politik, Moral und Gesetz sowie die Verbindung von « sozial abgesichertem Liberalismus und politisch engagiertem Positivismus ». Das Ziel, das alles zusammenfaßt ist die « Wohlfahrt der einzelnen Menschen ». « Die ' Person ' steht im Zentrum, nicht der Schutz als solcher » (S. XLIV). Damit setzt sich Rückert ab gegen Deutungen, die nur das « nackte Postulat Schutz des Schwächeren, weil er der Schwächere ist » sehen.

Rückerts Einleitung wird beherrscht von den Stichworten « frei und sozial ». Damit dieses Ziel nicht zur Quadratur des Zirkels wurde, bedurfte es einer eigenen Methode für Lotmar. Diese mußte — mit dem Blick in die Geschichte — nichtidealistisch, antinaturrechtlich und antipositivstisch sein sowie — im Vorgriff auf die Zukunft — nicht revolutionär und nicht freirechtlich. Inhaltlich ist die darauf beruhende Konzeption von Lotmar — immer in der Diktion von Rückert — « liberal-demokratisch-sozialistisch ». Diese Kombination empfängt ihren Sinn aus der Abwehr « kollektivistisch basisdemokratischer und staatssozialistischer Positionen einerseits und formal-liberalistischer (bloß ' rechtliche Freiheit ') Positionen andererseits. Lotmar bemüht sich um eine « Personal-egalitäre Version von Freiheit für möglichst viele ». Alle diese Dinge werden in der vorzüglichen Einleitung von Rückert mit konkreten Beispielen belegt, deren Quellen in den abgedruckten Arbeiten von Lotmar nachlesbar sind. Lotmars wichtigste Lehren betreffen den Begriff der Sittenwidrigkeit (verstanden als quaestio facti, so daß die Moral geradezu « gesellschaftliche Rechtsbildung » wird, den weiten Begriff des Arbeitsvertrages, den Akkordvertrag und die privatrechtliche Konstruktion der Tarifverträge.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Das Bewundernswerte an Rückerts Interpretation von Lotmar ist, daß die Worte « frei und sozial » oder « leibliche und geistige Wohlfahrt des Menschen » keine Leerformeln bleiben. Rückert gelingt es vielmehr in ganz präziser Weise, die methodisch gesehen für jede weitere Untersuchung über Begriffe wie Formalismus, Liberalismus, Sozialismus im Recht vorbildlich ist, genau zu beschreiben, wann er bereit ist, im Arbeitsrecht von « frei und sozial » zu sprechen. Das muß der Klarheit halber hier wörtlich zitiert werden. Rückert nennt Lotmars Konzept « ein konsequent liberales Konzept, ein Konzept der Freiheit durch Recht, weil die freiheitliche Vertrags- und Privatrechtslösung primär ist, bei Defiziten die emanzipierende Selbsthilfe durch Koalition und andere Mittel zuerst gesucht wird, erst dann die ' öffentlich-rechtliche Hilfe 'von oben' akzeptiert wird, und nur als Hilfe zur Selbsthilfe, auch diese nur in rechtsstaatlichen Formen (also durch Spezialgesetze, Erhalt der Form, Gewaltenteilung Richterbindung) — ein oft übersehener Punkt —, und die Defizite als « Mißbrauch » gesehen werden, der das Konzept nicht grundsätzlich berührt und sprengt ». Rückerts NDB-Artikel über Lotmar aus dem Jahre endet mit den Worten: « Eine adäquate Würdigung steht noch aus ». Hier haben wir sie.

KLAUS LUIG

Fernando MAYORGA GARCÌA , *La Audiencia de Santafé en los siglos XVI y XVII.* Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica,1991, 601 pp. (16,5 × 24 cm.).

El presente libro sobre la Audiencia neogranadina durante el reinado de la Casa de Austria nació como la tesis doctoral de su autor, elaborada bajo la dirección del eminente indianista español profesor Ismael Sánchez Bella, y defendida exitosamente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra.

El estudio de las Audiencias indianas -cada una de ellas con sus peculiaridades- se ha mostrado de fundamental importancia para el conocimiento del sistema político y judicial establecido por los castellanos en el Nuevo Mundo. Es que la Audiencia, como el Virrey o el Cabildo, fue una institución capital dentro de ese sistema, y sin un conocimento completo de su organización y funcionamiento a través del tiempo es imposible llegar a comprenderlo en forma cabal.

Desde la fundación de la primera Audiencia en Santo Domingo, a pocos años del Descubrimiento (1511), ellas adquirieron una importancia mayor que las peninsulares. La distancia que separaba al rey de sus posesiones americanas hizo que delegase en estos tribunales la protección de los indios, el alivio de los litigantes y el cuidado de los intereses de la Real Hacienda.

Sus funciones fueron tanto de justicia como de gobierno. Entre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

éstas, se puede mencionar: el asesoramiento al virrey en el real acuerdo, la revisión de los actos gubernativos de aquél, la defensa del real patronato, y la asunción del gobierno en caso de vacancia. A su función de justicia, que fue la principal, le correspondió actuar como tribunal de segunda instancia, conociendo en grado de apelación en los pleitos civiles, criminales y de hacienda iniciados ante los jueces inferiores; conocer también en grado de revista en esos mismos pleitos, a consecuencia de la interposición del recurso de súplica, y conocer con jurisdicción originaria en los llamados « casos de corte » (muerte segura, mujer forzada, tregua quebrantada, casa quemada, traición, pleitos de viudas, huérfanos, etc.), juicios sobre encomiendas de indios, cuestiones de competencia, recursos de fuerza.

Cuando la Audiencia residía en la ciudad capital de un virreinato o gobernación era presidida por el virrey o gobernador respectivo, pero sin voz ni voto en la determinación de los asuntos judiciales si no era letrado. La audiencia de Santafé, inaugurada en 1550, tuvo presidentes letrados hasta 1604, y militares (« de capa y espada ») desde entonces. Hasta 1563 ejerció, además, el gobierno colegiado de su distrito, gobierno que desempeñaron luego sus presidentes.

Fernando Mayorga García, distinguido historiador colombiano del derecho, académico y catedrático, se sintió motivado a investigar la historia de su Audiencia -como nos lo dice- para verificar si las normas que organizaban jurídicamente su actividad tuvieron una vigencia efectiva en la conducta de sus miembros. Para lograr ese objetivo, tras una circunstanciada y precisa presentación del tribunal, exponiendo su origen, organización y atribuciones, acometió el análisis de su funcionamiento « desde el prisma de uno de los principales mecanismos de control de la Corona Española »: la visita. O sea que tuvo el excelente criterio de no limitarse a hacer una mera historia normativa o prescriptiva, probablemente divorciada de la realidad, para intentar la mas dificil, pero también más valiosa empresa, de reconstruir su vida, siguiendo la moderna tendencia de la Historia del Derecho de receptar los planteos y categorías de la Historia Social.

La « visita » -junto con el juicio de residencia- fue, en efecto, uno de los procedimientos que utilizó la Corona para controlar los actos de sus funcionarios, evitar sus abusos, y castigarlos en el caso de que los hubiesen cometido. Lo más frecuente fue que se ordenasen como consecuencia de alguna denuncia de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, cuando la gravedad de la materia así lo requería. Designado el juez visitador, y trasladado a la sede del organismo afectado, su misión consistía en recibir con sigilo los testimonios y quejas de las personas del lugar, sentenciar sus demandas públicas, y al cabo de su gestión informar a la Corona sobre lo sucedido, incluida la proposición de medidas concretas para impedir la repetición de los excesos.

Durante el siglo y medio que abarca el libro, la Audiencia de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Santafé fue objeto de seis visitas, y fue a través de sus abultados expedientes que Mayorga García penetró en la vida pública e íntima de la institución. La fuente escogida es de una riqueza inmensa, proporciona ella datos de toda clase, y el autor supo extraerle todo el provecho posible. No fue, sin embargo, la única. Otras fuentes, inéditas y éditas -consultadas aquéllas en el Archivo General de Indias y en la Sección Manuscritos de la Biblioteca Nacional de Madrid-, completan el cuadro heurístico.

La multitud de datos obtenidos fue reducida a un orden racional. Por lo que respecta a los excesos atribuidos a los ministros de la Audiencia, Mayorga García los clasificó en: atropellos a los indios; abuso de poder; enriquecimiento indebido; parcialidad; visitas y comisiones; materias fiscales; provisión de oficios, doctrinas y encomiendas; dilación de las causas; extralimitación de funciones; no conservar buenas relaciones; faltas contra la dignidad de la justicia; violación del secreto; bienes de difuntos; y otros cargos.

Es conciente el autor de que sus fuentes le han revelado, sobre todo, la patología del tribunal, sus vicios y enfermedades, sólo una cara de la realidad, que no es toda la realidad. Por eso destaca entre las conclusiones la preocupación puesta de manifiesto por los reyes para controlar la administración de justicia, y que ésta, pese al elevado número de cargos de los que fueron pasibles varios ministros, no puede colegirse que fuera necesariamente mala, ni pueda aventurarse un juicio global sobre éstos. Hay que tener en cuenta que el número de presidentes, oidores y fiscales fue bastante elevado y que las visitas afectaron sólo a 5 presidentes, 24 oidores y 3 fiscales.

Por su parte, los jueces visitadores mostraron un « enorme celo » en el cumplimiento de su misión. Las denuncias más significativas que recibieron fueron por abuso de poder; provisión irregular de oficios, doctrinas y encomiendas; enriquecimiento indebido, y abusos en materia fiscal. El Consejo de Indias desestimó a la mayoría, por falta de prueba o falta de especificidad en su formulación. Cuando se aplicaron penas fueron de sus pensión en el ejercicio del cargo, que llegaron a los ocho años en el caso de los presidentes Dionisio Pérez Manrique, y Diego de Villalba y Toledo. Fuera ya del procedimiento de la visita, la propia Audiencia procesó y condenó a muerte por sus crímenes al oidor Cortés de Mesa,

Este caudal de información es expuesto en forma rigurosa, documentada, relacionada y en orden, ofreciéndonos un relato vívido y atrayente de ese fragmento de la sociedad neogranadina que tuvo a su Audiencia como eje, y que a través de la pluma ágil e incisiva de Mayorga García, y de su reconocida capacidad científica, se nos revela como un episodio más de « la lucha española por la Justicia » librada en el Nuevo Mundo.

Abelardo Levaggi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANDREAS SCHWENNICKE, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794* (*Ius Commune. Sonderhefte. Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*. Bd. 61), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993, pp. 488.

Il conflitto delle interpretazioni in relazione alla configurazione e ai caratteri salienti dell'ALR prussiano — conflitto che non si limita, comunque, ad attraversare la storiografia a noi più vicina, ma risaliva già ben dentro il 19.secolo — non si potrebbe immaginare nè più acuto, nè, all'opposto e paradossalmente, più ambiguo. Esso coinvolge probabilmente troppo fortemente il discorso storico-giuridico sul piano medesimo dei grandi modelli di riferimento della storia delle moderne codificazioni europee — e necessiterebbe, pertanto, di essere a tale livello esplicitamente tematizzato (" espressione che implica qualcosa di più che una semplice disposizione a trattare dei temi, ma si riferisce piuttosto alla possibilità che qualcosa, evento, situazione o problema, venga posto al centro dell'attenzione e considerato come rilevante, al punto da assumerlo " come tema ", ossia stabilire, in modo ... sanzionato, che esso deve essere pubblicamente approfondito, conosciuto, discusso, risolto nelle alternative di svolgimento che implica "; cfr. C. MARLETTI, *Prima e dopo. Tematizzazione e comunicazione politica*, Roma, 1985, p. 24, laddove, certo, si tratterebbe altresì di evitare il rischio, che qui inevitabilmente invece ' incontriamo ', di una mera tematizzazione ' retorica ' che si contenti di un " ciclo di drammatizzazione " scientifica della questione in vista della ricomposizione finale dell'orizzonte di riferimento tradizionale) —: così, ad esempio, in Franz Wieacker leggiamo che i codici giusnaturalistici furono voluti come atti di " trasformazione rivoluzionaria " (*Storia del diritto privato moderno*, vol. I, 1967, Milano, 1980, 495) come giudizio introduttivo che coinvolge, quindi, sotto entrambi gli aspetti l'ALR (passo su cui richiama l'attenzione anche Schwennicke, cfr. p. 377), e, tuttavia, la concreta descrizione della sua genesi e struttura non sembra essere riconducibile allo stesso comun denominatore; se si voglia ricorrere ad un testo classico della storiografia italiana sul periodo della codificazione ' illuminata ' (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica italiana. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 489 ss.), troviamo il riemergere sotto altre spoglie — ed ancora *all'interno* di un *medesimo discorso storiografico* — di una pressoché irrisolta antinomia o, quantomeno, di un permanente dualismo, visto che la codificazione prussiana " per alcune caratteristiche " andrebbe collocata, " sia pure quale il più maturo e più compiuto esempio, tra le raccolte di leggi settecentesche " e per altre, invece, meriterebbe di essere annoverata " quale il primo esempio, ancora legato ad alcuni atteggiamenti tradizionali, nella codificazione moderna ". In questo senso non poteva allora dirsi casuale l'accenno alla tradizione storiografica ottocentesca, che infatti sembra,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seppur alquanto ' inconsciamente ', ripresa appieno nel suo filone liberale ' francofono ': Alexis de Tocqueville nel 1856 aveva descritto il ' codice ' come dotato di una testa tutta moderna, alla quale faceva invece da contraltare un corpo completamente ' gotico ' (" Sous cette tête tout moderne nous allons maintenant voir apparaître un corps tout gothique ... le tout va former un *être monstrueux* qui semble une *transition* d'une création à un autre "; sottolineature nostre) e prima ancora Madame de Staël (1813) aveva richiamato l'immagine di Giano bifronte per descrivere complessivamente la Prussia federiciana. Come Schwennicke fa giustamente osservare (p. 6 ss.) la nuova storiografia (sia giuridica che generale) sembra prendere infatti le mosse dal concetto di ' contraddittorietà ' per definire il rapporto, nella struttura del codice, tra l'innegabile permanere dell'antica costituzione sociale per ceti ed il suo collegamento, invece, con principii che si assume aprano già l'orizzonte per una " frei Staatsbürgergesellschaft " di tipo radicalmente ' moderno ': in una parola l'ALR avrebbe posto le premesse, avrebbe contenuto in sè le ' radici ', per il superamento della società per ceti, e fungerebbe, così, da paradigma privilegiato per i contrasti e le tensioni immanenti che la nuova ricerca storica connette con l'utilizzazione del suo modello di riferimento, l'" assolutismo illuminato " (p. 7). L'astratto (a nostro avviso) dualismo e l'opposizione binaria ripercorrono poi abbastanza monotonamente le ' sotto '-problematiche apparentate: così la controversia sulla coloritura ' democratica ' e ' socialmente avanzata ' del codice (ad esempio, com'è notissimo, Gierke con la sua presa di posizione anti-pandettistica e anti-BGB; meno conosciuta e forse qualche po' straniante l'affermazione, formulata già nel 1838 da Ernst Theodor Gaupp, secondo la quale l'ALR avrebbe rappresentato la " vittoria del Terzo Stato ... sulle caste privilegiate "), ovvero — ed è degna di nota l'osservazione del nostro, a livello di storia della storiografia, su come tra i sostenitori di quest'ultima fossero in maggioranza, nell'ambito del ceto dei giuristi prussiano, proprio gli *Staatsrechtler* — l'affermarsi della tesi esattamente contrapposta del suo carattere di mero ' rispecchiamento ' dell'assolutismo federiciano; il tentativo di attribuire — nonostante gli importanti studi nel frattempo condotti a termine da Günter Birtsch — ad *entrambi* i principali redattori, Suarez e Klein, scopi di riforma di carattere liberal-progressista; l'analoga polemica sul suo carattere ' paternalistico ' ovvero sul ruolo di ' quasi-precursore ' (capace comunque di influenza per via ' enciclopedica ') delle dichiarazioni dei diritti rivoluzionarie (Marcel Thomann), presuntivamente svolto dal " giusnaturalista prussiano " per antonomasia, Christian Wolff; e si potrebbe continuare.

Con il poderoso lavoro di Schwennicke — che ci sembra destinato a fare per lungo tempo stato, proprio anche in relazione alle modalità di ricostruzione pratico-metodologica dei compiti di ricerca che attualmente sarebbe utile proporsi — il rischio di astrattezza, connesso con il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tentativo di una caratterizzazione globalizzante e modellistica del codice prussiano, che per certi versi si muove ancora sulle classiche tracce di Hans von Voltelini e Wilhelm Dilthey (cfr. p. 9), viene largamente a cadere. Precisando in limine che non potrà essere nostro compito ripercorrere neppur in modo sommario tutti i rivoli tecnici del testo — che anche sotto il profilo di una storia ' dogmatica ' si rivela di grande ricchezza (basti a questo proposito far cenno, quale esemplificazione non del tutto estemporaneamente scelta, alla trattazione della genesi dei §§ 10-13 dell'*Introduzione* all'ALR in relazione alla pubblicazione della legge e all'*error iuris*, pp. 189-199; ovvero al 4.paragrafo del 4° capitolo dedicato ai privilegi, od ancora, alle pagine consacrate alla dottrina degli " erworbene Rechte " nei §§ 74 e 75 dell'*Einleitung*: pp. 321-341) —; fatta questa debita precisazione, che reca con sè ancora il non indifferente vantaggio di non ' derubare ' il lettore dell'individuazione di suoi personali itinerari, cercheremo di elencare sinteticamente i molti pregi di questa ricerca, la quale (non bisogna dimenticarlo) ha visto nascere il suo spunto iniziale in un seminario su C. Wolff tenuto dal professor Peter Landau e poi è stata seguita da vicino anche dal professor Jan Schröder, ovvero ha trovato accoglienza presso due dei principali esponenti dell'attuale storiografia giuridica tedesca. Anzitutto la scelta, pur non rinunciando affatto alla prospettiva di collegamento con la storia sociale e politica, di proporsi un obbiettivo ' limitato ', ma ritagliato in modo che la ' sezione ' così individuata possa gettare anche nuova luce sul ' tutto ': così ci si attribuisce il compito di analizzare in profondità l'*Entstehungsgeschichte* della celeberrima introduzione, paragrafo per paragrafo (con l'avvertenza che la disamina non sarà estesa all'ultima parte dell'*Einleitung*, i §§ 88-108, perché al proposito la ' discussione ' sia interna che esterna si era svolta con minore ampiezza, data anche la loro ' riconoscibilità ' nel quadro della tradizione giuridica), a partire dalla utilizzazione più estesa possibile delle fonti inedite e manoscritte. Se, quindi, si è in chiaro sul fatto che la ricerca non potrà rispondere con pretesa di validità generale a tutte le principali questioni sollevate dalla storiografia, si è altrettanto lucidi nell'intuire la necessità di uscire dall'impasse ' modellistica ' mediante un massiccio ricorso alla filologia ' del passo dopo passo ': il nocciolo più esteso del lavoro è infatti costituito dal capitolo quarto che per la prima volta ripercorre con del tutto soddisfacente acribia il processo di formazione delle singole rubriche, proponendosi come modello indispensabilmente praticabile per future e necessarissime estensioni anche alle altre parti dell'ALR. L'avere sistematicamente fatto ricorso alle fonti inedite non resta poi metodologia confinata soltanto all'interno del modo di costruzione ed orditura del discorso storiografico di Schwennicke, ma, fortunatamente, viene a costituire anche la traccia di preziosa appendice che — oltre a contenere (nell'*Anhang* I) la visualizzazione di uno dei rilevanti risultati di dettaglio del lavoro ricostruttivo (alludo ai

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Texstufen dell'Introduzione, su cui subito di seguito) — ci rende accessibili una serie di manoscritti di notevolissima rilevanza (*Anhang* II-IX, pp. 387-442), dovuti fra l'altro alla penna di Suarez e Klein, che riguardano o questioni decisive (per esempio, di Suarez, la trattazione relativa alla considerazione dello *Staatsrecht* all'interno del codice — forse 1785 —, nonché alle *Regalien* e ai privilegi), ovvero alcune versioni intermedie dell'introduzione del più grande interesse come la *Fassung III* nel manoscritto di Suarez fino al § 172 e la *Fassung IIIb* nella versione di Klein dai principii generali che regolano i rapporti tra stato e *Bürger*, alle fonti del diritto, all'esercizio, trasferimento e perdita dei diritti; ma si potrebbe continuare a lungo nel sottolineare i grandissimi meriti di Schwennicke sotto il profilo della restituzione di nuove fonti).

Secondo e decisivo passo in avanti è costituito, come accennavamo, dalla precisa individuazione di tre ' masse ', dei *Texstufen* insomma, che è possibile organizzare nel dettaglio secondo redazione, autore, processo di genesi e descrizione (I: Le raccolte di materiali e i primi *Vorentwürfe*; II: processo di formazione, circa dopo il novembre 1781 fino alla fine del 1783 con la *Fassung IIf* dell'introduzione al progetto pubblicato del 1784; III: rielaborazione del progetto pubblicato per l'*Allgemeines Gesetzbuch* del 1791). Non irrilevante constatazione ,derivante appunto dalla utilizzazione per la prima volta sistematica dei materiali, è quella che corregge la supposizione di Thieme che essi fossero tutti dovuti alla penna di Suarez, restituendo alcune redazioni sia del secondo che del terzo ' gradino ' a Klein. Inoltre la valorizzazione della corrispondenza tra Carmer e Suarez permette una datazione, sinora solo parzialissimamente tentata, delle singole redazioni, che consente di escludere con elevata verosimiglianza l'influsso — anch'esso spesso supposto in letteratura — della dichiarazione francese dei diritti del 26 agosto 1789 sull'introduzione, poiché la redazione decisiva per la successiva pubblicazione era stata presentata già prima della fine del maggio '89. Terzo apporto rilevantissimo: Schwennicke è in grado di dimostrare fin nel dettaglio — e anche qui sfatando le tesi della ' nuova ' storiografia che si era occupata del problema, e aveva concluso di poter escludere influssi essenziali dei ceti, degli *Stände* sulla formazione dell'ALR, appunto partendo dal presupposto (Thieme: cfr. p. 39 ss.) che Carmer e Suarez non si sarebbero fatti influenzare dai pareri dell'" opinione pubblica " contenuti nei *Monita* — che invece quel singolare processo di richiesta di opinioni ai " giuristi filosofi ", ai ceti, in generale al " pubblico " illuministicamente inteso — senza che si debba, tuttavia, sopravvalutare la procedura in senso di anticipazione costituzionalistica, dato che, anzi, e con qualche ragione, ci si poteva aspettare sin dal principio una disamina fondata su considerazioni giuridico-tecniche (anche nel senso della tecnica legislativa), ma non già una critica politicamente motivata (p. 31 ss.) —, ed in particolare proprio i *Monita* dovuti ai ceti provinciali, portarono a significative

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modificazioni del progetto: anzi, proprio a quelle modifiche in senso " rechtsstaatlich " che hanno poi conferito nella storiografia una certa aura ' modernizzante ' e ' garantistica ' al codice. Il lavoro complessivo sui *Monita* rappresenta quindi un apporto decisivo alla conoscenza del processo di strutturazione del codice, per il quale dobbiamo essere grati all'autore; esso consente inoltre un importantissimo risultato ' contenutistico ' di interpretazione, perché mostra il lato fallace o, perlomeno, " vorschnell " delle conclusioni per una valenza da moderno " stato di diritto " in relazione alla regolamentazione dei rapporti tra ' cittadini ' (per una sintomatica accoglienza riservata al termine *Bürger* cfr. p. 59) e stato: l'interesse per una garanzia politicamente rilevante dei diritti individuali è largamente assente dagli scopi dei redattori, non è l'individuo che emerge in rapporto alla potestà statale, " sondern der Inhaber ständischer Berechtigungen als solche, der unter Berufung auf seine ' erworbene Rechte ' staatliche Einflussnahme verhindern kann " (p. 375). Sono così le posizioni filo-cetuali che hanno sempre di nuovo prestato all'ALR un'*apparenza* di " Rechtsstaatlichkeit ". Tra gli altri risultati di non poco momento — e sempre astraendo dagli apporti di altrettale rilevanza sul piano dei singoli paragrafi, per non apprestare una carta geografica grande come il territorio da esaminare — resta da annoverare la constatazione che l'influenza di Carmer, ma soprattutto di Klein — dato, quest'ultimo, tutt'altro che meramente ' personalistico ', posto che il nostro era l'unico componente che non apparteneva alla burocrazia di carriera e fu anche l'unico a non essere in seguito nobilitato — fu molto più ampia di quanto si potesse sinora accertare: rispetto alla caratteristica del Suarez quale tipico rappresentante della burocrazia federiciana — con la sua sfiducia nei confronti del popolo minuto, e la sua illimitata fiducia, invece, nella razionalità della monarchia assoluta e nell'organizzazione gerarchica —, il Klein ebbe a svolgere il ruolo di giurista più aperto alle modificazioni anche di struttura (ad esempio il suo intervento atto a imporre la rilevanza, almeno in via di principio, del *Verbotsirrtum*; la pretesa della necessità di una comprensibilità del codice anche per la popolazione ' laica '; " die wohl auf ihn zurückzuführende Weglassung der Gehorsampflicht der Untertanen im Allgemeinen Gesetzbuch "; e soprattutto, l'inserimento del richiamo nell'ambito del diritto positivo alla ' libertà naturale ' e il suo intervento appassionato — esplicitamente contro Suarez — per l'abolizione della *Leibeigenschaft*, che nell'ALR non era neppure in discussione). Molto manca ancora perché si possa dire d'essere entrati in possesso d'una conoscenza sufficiente di questo " monstrum " storico e giuridico — fra l'altro è lo stesso Schwennicke a lamentare a tutt'oggi l'assenza, appena credibile, di una monografia attendibile e complessiva proprio sul Klein — che è appunto l'ALR del 1794 — come giustamente notava ancora Tocqueville *allo stesso tempo* " codice civile, codice penale e carta costituzionale " —; in particolare una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riapertura della questione, anche teorica, di cosa significhi, storiograficamente, ' transizione ': resta però vero che quanto Schwennicke ci ha adesso offerto con scrupolo filologico certo, ma anche con, si potrebbe ben dire, ' illuminata ' apertura di sguardo e prospettiva, rappresenta un contributo veramente decisivo alla riapertura della questione. Ora si può solo — e migliore complimento non credo potrebbe essergli rivolto — proseguire sulla strada che ci ha indicato.

PAOLO CAPPELLINI

RALPH STEPPACHER, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR. Ein Beitrag zur schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893-1912)*, Frankfurt am Main, Verlag Peter Lang,1992.

Il primo gennaio 1994, con l'entrata in vigore della Legge federale sul diritto fondiario rurale (LDFR), lo scenario giusprivatistico svizzero ha subito una metamorfosi piuttosto vistosa: un importante settore del diritto privato ha abbandonato l'alveo tradizionale del Codice civile (CCS) e del Codice delle obbligazioni (CO) per abbozzare traiettorie sistematiche altrimenti inconsuete nel contesto elvetico. Non è un caso che proprio nel diritto agrario si registri uno dei primi e più significativi sintomi di decodificazione: l *'anomalia* del diritto privato rurale rispetto al diritto borghese tout court fu certo riconosciuta e temuta — a differenza di altre anomalie fors'anche più scottanti (si pensi al diritto del lavoro) — dal padre stesso del CCS, Eugen Huber. Egli infatti, a partire dalle prime fasi di elaborazione normativa, curò con attenzione e diplomazia le relazioni col settore primario, non foss'altro che per esorcizzare ab initio l'insidia del referendum (in una società in cui la popolazione rurale rappresentava ancora una considerevole fetta dell'elettorato), allora come oggi vera e propria spada di Damocle minacciosamente sospesa sul capo di qualsiasi legislatore svizzero.

La dialettica *diritto rurale / diritto borghese,* in relazione ai lavori di preparazione del CCS e di riforma del vecchio CO, è appunto il tema giuspolitico centrale di questo studio di Ralph Steppacher, pubblicato quale tesi di laurea all'Università di Berna, nella « Rechtshistorische Reihe » dell'editore Peter Lang di Francoforte. Il volume si snoda in tre parti principali. La prima introduce il tema della codificazione giusprivatistica in generale, inserendo il fenomeno unificatorio nel contesto socioeconomico della Svizzera della seconda parte del XIX secolo: attenta considerazione viene data all'attrito fra rivoluzione industriale e mondo rurale, segnatamente scottante durante le crisi degli anni sessanta ed ottanta, ed alla diffusione sempre più preoccupante del sovraindebitamento dei fondi e della popolazione agricoli.

In posizione centrale possiamo poi apprezzare la vera e propria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiave di volta del libro, dedicata ai lavori preparatori della codificazione ed alla concreta partecipazione dei rappresentanti del mondo contadino all'elaborazione dei progetti di legge, con particolare riguardo al periodo che va dal 1893 al 1912. Nodi fondamentali furono naturalmente gli istituti ad alta rilevanza sociopolitica per il mondo agrario — il diritto successorio, il pegno immobiliare, le limitazioni alla facoltà di disporre sui fondi rurali, il raggruppamento dei terreni — anche se non mancarono ampie prese di posizione in merito ad istituti non direttamente concernenti l'ambiente rurale.

Infine, nella terza parte del libro, Steppacher ci mostra a bocce ferme il prodotto di questi sforzi legislativi, quanto di rurale in definitiva è filtrato fra le fitte maglie della codificazione borghese. Il quadro conclusivo divarica profondamente dalle aspettative evocate, a tratti con enfasi eloquente, nella fase di elaborazione della legge: al termine, quando i riflettori vengono spostati dalla scena luminosa e democraticamente inebriante della produzione legislativa, a quella dai contorni più chiaroscuro e dai meccanismi meno trasparenti della prassi sociale e giurisprudenziale, quando si passa insomma dalle parole ai fatti, regna disincanto, disillusione, rassegnazione.

Così, ad esempio, quella che per Eugen Huber doveva diventare la modalità di pegno immobiliare per eccellenza del settore primario, la rendita fondiaria (Gült), è restata lettera morta, vagito normativo immediatamente soffocato nella morsa della libertà di mercato: il legislatore ha sì messo a disposizione del mondo rurale uno strumento pignoratizio attrattivo e vantaggioso (limiti dell'aggravio, tutela del debitore dalle disdette, responsabilità personale limitata del mutuatario, facilitazione del riscatto del debito ecc.), ma ha accuratamente evitato di imporlo ai privati. L'opzione finale l'ha delegata agli ambienti economico-finanziari, in ultima analisi agli istituti di credito, che hanno preferito, ed è ovvio, la cartella ipotecaria, garanzia immobiliare nettamente più favorevole al mutuante. Ne è risultato uno dei più clamorosi fiaschi legislativi di Eugen Huber. Oggi, nel 1994, la rendita fondiaria è ancora contemplata nel CCS, non è stata espunta (se non altro per pudore) dalla legge (cfr. artt. 847 ss.): è lì, come un cancello arrugginito, nascosto sotto una coltre di vegetazione selvaggia, che dà su un giardino lussureggiante, ma di cui nessuno ha mai avuto la chiave.

Comunque, quello della rendita fondiaria è solo il caso più plateale di un fenomeno molto frequente nel diritto privato svizzero, che non concerne solo i postulati del mondo rurale, ma anche ad esempio quelli legati alla questione sociale, problematica del resto molto cara ad Eugen Huber stesso. A questo proposito, nel capitolo conclusivo, Steppacher si concentra con grande lucidità sui limiti strutturali della forma « codice » (« die kodifikationsimmanenten Schranken des einheitlichen bäuerlichen Bodenrechts ») e di questa strategia volta a temperare i

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problemi sociali del settore primario attraverso metodologie giusprivatistiche.

Guardando retrospettivamente, a partire dalle considerazioni sulla problematica ed in definitiva fallimentare « Wirkungsgeschichte » degli istituti privatistici di ispirazione giuspolitica rurale, è la stessa storia legislativa a velarsi di toni cupi. L'impegno di Ernst Laur, segretario generale dell'Unione svizzera dei contadini (organizzazione mantello sorta nel 1887, in un contesto sociale fino ad allora molto frammentato, spesso minato da dissidi intestini), le sue (ma non solo) numerosissime proposte, le prese di posizione, le perizie, i rapporti sollevati e formalizzati a tutti i livelli della procedura normativa — ricercati ed esposti da Steppacher con attenzione certosina e grande completezza — appaiono come l'affannoso prodigarsi di Sisifo, vano impeto giuspolitico assorbito ed annullato nel contesto altrimenti liberista ed astratto del CCS e del CO. Di fronte a questo idealistico muoversi di uomini ed alla mole di materiali intellettuali prodotti, il contrasto risulta ancora più stridente. Del resto la disillusione fu subito percepibile negli ambienti rurali, a conferma delle voci critiche delle solite lucide quanto neglette Cassandre (si confrontino ad esempio, in merito alla rendita fondiaria, le posizioni sostenute nella Commissione d'esperti da Carl Wieland, professore di diritto commerciale e civile a Basilea, e da Johann Heinrich Duttweiler, direttore della Società di banca svizzera), che si erano già manifestate durante i lavori legislativi. Il disincanto si trasformerà tosto in urgenza di intervento alternativo, in necessità di legislazioni di natura pubblicistica, di misure sovente radicali, vistosamente protezionistiche e cogenti, volte non ultimo a garantire l'approvvigionamento agricolo in una Svizzera sul punto di venir imprigionata fra belligeranti vicini.

ROY GARRE

JESUS VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250- 1350),* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Il tema del libro di Vallejo è limpidamente indicato nel titolo: oggetto dell'indagine è la concezione della potestà normativa nella cultura giuridica basso-medievale e già nel titolo sono indicati i termini estremi del complesso itinerario che l'autore percorre alla ricerca del momento genetico della norma: *dall'aequitas,* dal presupposto fondante e giuridicamente in-forme alla compiuta formalizzazione giuridico-positiva. Non compare nel titolo, per motivi di necessaria concisione, ma emerge tematicamente in tutta la prima parte del lavoro, il principale termine medio del passaggio che dall' *aequitas* conduce alla *lex: iurisdictio.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Iurisdictio svolge un ruolo, nell'ordine del discorso dell'autore, indubbiamente strategico. La sua importanza emerge già solo facendo attenzione alla forma dell'esposizione: è intorno a *iurisdictio* che ruota una buona metà del libro e soltanto dopo una lunga immersione nelle raffinate e singolari definizioni, classificazioni, distinzioni dei termini ' attratti ' da *iurisdictio* è dato attingere la materia del *legem condere* e dello *statuere.*

Non per questo però il lettore si sente costretto ad un viaggio il cui senso gli sfugga: emerge al contrario, dall'intelligente e ravvicinata lettura dei testi dei giuristi medievali condotta da Vallejo, la necessità di attraversare l'universo ' *iurisdictio* ' per cogliere ' in statu nascenti ' l'atteggiamento del giurista dell'età di mezzo di fronte al fenomeno normativo.

Non è possibile seguire le argomentazioni del nostro autore in tutti i suoi passaggi e conviene piuttosto sottolineare, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni dei temi portanti.

Il primo fra questi è proprio la fitta rete di scambi ed omologie fra fenomeni che la sensibilità moderna tende a separare concettualmente con una linea invalicabile, appunto la reciproca convergenza dello *ius dicere* e del *legem condere.* Il momento genetico del diritto, che per i moderni rinvia necessariamente ad una sovrana volontà legiferante, per la cultura medievale viene riportato ad una matrice unitaria che non permette drastiche separazioni. La continuità che i giuristi medievali instaurano fra *iurisdictio* e *legem condere* non nasce però certo, come un pregiudizio modernistico potrebbe far supporre, da una sorta di ingenuità o primitivismo culturale dei *doctores* medievali. Ciò che la sapiente ricognizione di Vallejo mostra in tutta evidenza è appunto la complessità, la raffinatezza dell'approccio definitorio e classificatorio dei giuristi. Il fitto lavorio analitico dei giuristi dell'età di mezzo semplicemente presuppone e insieme dà forza ad un quadro di fondo, ad una concezione di base dove ' normatività ' e ' giurisdizionalità ' (ma il nostro vocabolario è largamente insufficiente) si implicano a vicenda, si rapportano reciprocamente sulla base di una sostanziale continuità. Vallejo parla al proposito di ' paradigma ': e credo effettivamente che l'espressione non sia enfatica o generica, ma propria e pertinente, nella misura in cui individua nella *iurisdictio* (nell'ambiente, se così posso dire, ' *iurisdicto* '), il momento aurorale e il modello di riferimento della normatività.

Il saggio di Vallejo riesce così a coniugare ' normatività ' e ' giurisdizionalità ' presentandoceli come le due facce dell'idea medievale di giuridicità. Non si pensi comunque, sulla base di questi troppo rapidi cenni, che il campo d'indagine del nostro autore si collochi in atmosfere eccessivamente rarefatte rispetto al terreno e concreto procedere del ragionamento dei giuristi. Al contrario, il nesso paradigmatico *iurisdictio-lex-statutum* emerge, come dato di fondo di una cultura, attraverso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una ricognizione tutta interna al lessico e al ragionamento tecnico della civilistica e della canonistica medievale. L'idea portante del nesso costitutivo di normatività e giurisdizionalità non compare quindi come una ' degnità', un principio tanto generale quanto povero operativamente. Essa è piuttosto l'espressione (e insieme la condizione di comprensibilità) di un fitto intreccio di poteri, norme, gerarchie, conflitti, sovrapposizioni fra sfere potestative differenziate: ed è proprio l'analisi ravvicinata della irriducibile pluralità ordinamentale e politica della società medievale (e la felice restituzione di questo fenomeno nella narrazione storiografica) che costituisce il secondo fra i ' grandi temi ' del lavoro di Vallejo che ora vorrei sottolineare.

Prendere sul serio l'esperienza e la rappresentazione della pluralità politico-istituzionale medievale è certamente un compito più facile ad enunciarsi che a praticarsi per lo storico del diritto. Certo, il dato della pluralità degli ordinamenti è un dato fenomenologicamente evidente e nessuno storico rinuncia alla registrazione di questo fatto peculiare. È anche vero però che spesso gli storici non si sono sottratti alla tentazione di ritrovare, al di là della pluralità, un ordine rigidamente gerarchico, quasi esprimendo un implicito ' disagio ' del moderno di fronte ad una situazione difficilmente categorizzabile secondo i nostri correnti moduli culturali. Il lavoro di Vallejo evita questo rischio unendo la pazienza dell'analisi minuziosa e (tendenzialmente) esaustiva con la capacità della sintesi, che non rifugge dal proporre al lettore una possibile direzione di senso dell'esperienza ricostruita.

Dal primo punto di vista, l'analisi dei soggetti della *iurisdictio,* la comprensione delle complicatissime ramificazioni e intersezioni che la dottrina dell'età di mezzo delinea intorno al nucleo *'iurisdictio',* onnipresente e quindi proprio per questo particolarmente sfuggente, non potrebbe essere più ricca e appagante; tanto da costringermi ad una franca autocritica su due significative connessioni che, trascurate od omesse in un mio lontano lavoro dedicato a questo tema, hanno trovato nel libro di Vallejo la loro giusta valorizzazione: mi riferisco al tema del *territorium,* per un verso, al tema del *dominium,* per un altro verso, che contribuiscono efficacemente a comprendere il radicamento di *iurisdictio* nel processo medievale del potere. Ecco perché questo processo — ed emerge, da questo secondo punto di vista, lo sforzo ' sintetico ' dell'autore — non può essere efficacemente rappresentato riportandolo ad un modello unitario in quanto gerarchico: non solo la pluralità dei soggetti e delle situazioni, ma il loro intreccio, l'insieme delle loro intersezioni, resiste all'impiego di un modello unificante sulla base di una logica, per così dire, gerarchico-discendente ed invita piuttosto a rileggere la dottrina giuridica medievale sullo sfondo di un'esperienza essenzialmente plurale e, come scrive il nostro autore, policentrica, resistente a troppo nitide e geometriche riduzioni ad unità.

L'intima connessione di normatività e giurisdizionalità si sviluppa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dunque entro una trama di poteri diseguali ed interconnessi, la giurisdizione trascolora in normazione (e viceversa) e sfere potestative di diverso livello si intersecano variamente; possiamo forse con una sola parola — ed è una parola proposta da Vallejo — esprimere il senso complessivo di una siffatta esperienza: possiamo parlare di dominanza dell'aspetto interpretativo su ogni altro aspetto nell'ambito dell'esperienza giuridica basso-medievale. È un tema a cui l'autore si riferisce conclusivamente: ed è proprio a questa conclusione che il suo lavoro, attraverso mille sentieri, spontaneamente conduce — e, naturalmente, proprio da questa conclusione si potrebbe muovere per continuare a riflettere intorno alla cultura giuridica dell'età di mezzo.

Per chiunque mostri interesse a capire il sottile ragionare dei ' doctores ' medievali intorno agli elementi portanti e costitutivi della loro esperienza, dunque, il lavoro di Vallejo costituisce, a mio avviso, un punto fermo ed una solida base. I temi che egli affronta nella sua ricerca sono già come tali un motivo sufficiente per giustificare un caldo invito a leggere e discutere il suo libro: ma i temi, ovviamente, non emergono e si sviluppano per loro propria virtù. La pregnanza dei temi trattati fa tutt'uno con la capacità dell'autore di individuarli, di svilupparli, di ' costruirli ' in un discorso che tanto più è in grado di valorizzare l'oggetto quanto più dipende dalle soggettive, creative risorse dell'autore.

Di queste risorse, il nostro autore è sicuramente molto dotato e resta solo, per il recensore, l'imbarazzo della scelta. Mi limito a segnalare, del libro di Vallejo, solo alcuni profili che mi hanno particolarmente colpito, senza la pretesa di esaurire l'elenco delle sue ' virtù'.

È un libro, *Ruda equidad, ley consumada,* che, in primo luogo, lavora senza risparmio sui testi di cui si serve; un libro, intendo dire, che gioca la sua partita attraverso uno scavo estremamente approfondito sui testi: non si arriva alle conclusioni con esegesi affrettate o con intuizioni anche brillanti, ma insufficientemente documentate. Il ragionamento procede in una serrata discussione delle risultanze documentarie.

La lettura del testo, però — e questo è il secondo aspetto — non è mai sopraffatta dal testo stesso, ma lo sollecita con discrezione, lo convoglia verso l'individuazione di temi che vengono lentamente a comporre un reticolo concettuale grazie al quale un'esperienza complessa si rende decifrabile. Testo e significato, le costruzioni dottrinali dei giuristi medievali e la loro precisa valenza storica divengono quindi strettamente complementari e collaborano nel restituire, nel racconto storiografico, la fisionomia del contesto analizzato.

L'efficacia e la persuasività del racconto storiografico di Vallejo nasce poi dalla sensibilità dell'autore al regime delle differenze: fra lo storico ed il suo oggetto, fra la cultura teorico-giuridica del ' moderno ' e le coordinate culturali del mondo medievale. È su questo piano che Vallejo raggiunge, a mio avviso, i risultati ' diagnostici ' più brillanti. La

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prestazione più interessante della sua ricerca è appunto quella di mostrare l'originalità della cultura politico-giuridica medievale, la sua irriducibilità ai moduli successivamente venuti a maturazione: un obiettivo facile ad enunciarsi, ma difficilissimo da raggiungersi. Il metodo seguito dall'autore è stato quello di tuffarsi nel *mare magnum* dei testi medievali e, per così dire, spiegare i testi con i testi, in un processo volutamente circolare. Non discuto il metodo: il suo valore è per definizione strumentale, operativo. E nel nostro caso l'operazione è pienamente riuscita: nell'esegesi testuale, nell'individuazione tematica, nella ricostruzione storica complessiva. Chiunque si attenda dunque dal libro di Vallejo, per un verso, facili scorciatoie per perentorie ricostruzioni di sintesi, o, per un altro verso, troppo reticenti esegesi *ad litteram,* resterà opportunamente deluso. Chi invece chieda ad un libro di storia giuridica medievale la ricchezza di un'analisi testuale finalizzata alla comprensione del senso di quell'esperienza storico-culturale troverà in *Ruda equidad, ley consumada* un contributo prezioso e insostituibile.

PIETRO COSTA

Giambattista VICO, *Institutiones oratoriae. Testo critico versione e commento di* Giuliano CRIFO, Napoli, Istituto Suor Orsola Benincasa, 1989, pp. CXII-568, « Frontiera d'Europa. Il pensiero del Mezzogiorno d'Italia. Testi e studi », I)

Dobbiamo essere davvero grati a Giuliano Crifò per averci finalmente fornito l'edizione critica attendibile di un testo del Vico, le *Institutiones oratoriae*, che non ha mai goduto di molta fortuna ed anzi è stata a lungo considerato soltanto come un modesto esercizio « scolastico », del tutto trascurabile per la comprensione storica del suo pensiero. È ben vero che, negli anni tra le due guerre, alcuni studiosi, il Donati, il Sorrentino ed il Righi, avevano già richiamato l'attenzione su questo scritto non gradito alle interpretazioni dominanti; e si sa che, più tardi, negli anni Cinquanta, Chaïm Perelmann e Lucie Olbrechts-Tyteca ne avevano riconosciuto la particolare importanza nei loro lavori sulla teoria dell'argomentazione, mentre Ernesto Grassi non aveva affatto trascurato i fondamenti retorici della cultura del Vico, nel corso dei suoi numerosi studi intesi a presentare il filosofo napoletano come l'estremo erede della tradizione umanistica. Per non dir poi di quanto hanno scritto intorno a questi temi, in tempi più recenti, il Verene, il Giuliani, il Battistini e lo stesso Crifò, o dei memorabili contributi di storici e filosofi, come Mario Fubini, Hans Gadamer e Michael Mooney. Ma anche questi studi (che hanno avuto singolare importanza pure per l'attuale « Vico Renaissance ») non avevano ancora ottenuto lo scopo finalmente raggiunto da questa edizione: recuperare alla storia intellettuale di Vico quelle sue radici profonde che emergono dal solido

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamento fornito dalla tradizione della retorica classica e, insieme, dalla « sapienza » giuridica romana ad essa così saldamente legata. Come scrive, infatti, il Crifò, all'inizio della sua introduzione, pochi altri autori hanno avuto come il Vico il destino di essere interpretati e studiati in funzione di presupposti teorici o, addirittura, ideologici altrettanto tenaci quanto deformanti che hanno indotto anche esegeti e filologi di raro valore, se non a negare fatti di per sé evidenti, almeno ad adattarli forzatamente entro uno schema già precostituito. Certo non è stato negato lo straordinario interesse dei primi lavori del Vico che, a iniziare dal *De nostri temporis studiorum ratione* e dal *De antiquissima Italorum Sapientia* sino al *De uno universi iuris principio* ed al *De constantia iurisprudentiae*, sono stati però quasi sempre considerati come altrettante « tappe » necessarie nell'elaborazione così lunga e faticosa della *Scienza Nuova*. Non si è neppure evitato di seguire il filosofo nell'analisi di temi che potevano confermare certe sue vicine esperienze « scolastiche », o di manifestare la persistente presenza di idee tratte dalle sue giovanili letture umanistiche o dalla sua assidua frequentazione dei grandi eruditi seicenteschi. Né è mancato chi ha affrontate il problema storico della modernità di Vico, riconducendolo alla discussione dei suoi reali o pretesi « contemporanei ». È però sintomatico che il lungo insegnamento di retorica, impartito nell'Università napoletana per oltre quarant'anni, dal 1697 al 1742, ed i testi che lo documentano siano stati considerati dalla massima parte dei suoi lettori alla stregua di un « penso » duramente sopportato dal grande pensatore, costretto ad insegnare in una « scuoletta » per giuristi principianti, in contrasto con la folgorante novità delle sue idee e con la forza precorritrice delle sue « discoverte ». Ma la cosa non meraviglia, se si pensa alla comune indifferenza, se non ostilità per la retorica, il suo linguaggio ed i suoi formalismi propria una cultura, come quella « neoidealista », che non celava la sua scarsa considerazione per le forme e le tecniche « istituzionali » del discorso e del sapere.

Ora può essere che, nei tempi a noi recenti, certi raffinatissimi procedimenti esegetici abbiano sin troppo volto in direzione opposta l'ago magnetico della ricerca. È, tuttavia, un fatto indiscutibile che la personalità storica del Vico, ricostruibile storicamente solo attraverso l'indagine non preconcetta delle sue reali esperienze intellettuali, sia stata sin troppo spesso violentemente sottratta alla misura effettiva del suo tempo e della sua cultura, per essere proiettata nei nostri dibattiti contemporanei ed assumere il valore simbolico di primo e massimo rappresentante di una tradizione intellettuale di cui si rivendicava il « primato ». E ciò vale, in particolare, per il proposito di cancellare, dietro la maestosa immagine del filosofo « scienziato » della *Scienza nuova,* l'umile maestro di una disciplina così « convenzionale » e « scolastica », vittima dell'incomprensione di una società e di una cultura ancora cieche dinanzi ad un pensiero tutto rivolto verso il futuro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È quindi difficile non concordare con il Crifò, quando, criticando certi giudizi e atteggiamenti non troppo lontani, ci ricorda che proprio la conoscenza e lo studio della « retorica » del Vico e degli scritti ai quali è affidata può consentire « recuperi storiografici » di non scarso rilievo (soprattutto « in sede di filosofia giuridica » e di teoria delle « comunicazioni sociali »), dai quali si può e si deve procedere anche per indagare le « costanti » ed i « mutamenti » della gnoseologia e della cultura del filosofo, nel lungo cammino che si snoda tra il *De antiquissima* e la *Scienza nuova* . Certamente, sarebbe sempre possibile obiettare che le *Institutiones* sono in effetti un'operetta scolastica, appartenente ad un « genere » non peregrino che, con abile, ma consueta disposizione, ripete dottrine, norme e tecniche rese « canoniche » da un insegnamento universalmente diffuso, almeno sin dai tempi della « renovatio » scolastica umanistica. Ma il Crifò ha di nuovo ragione a ribattere che, se anche fossero soltanto questo, le *Institutiones* non perdono affatto il loro valore per lo studio della biografia intellettuale del Vico, specie se possono servire a mettere a fuoco « il punto di rottura » operato dal filosofo nella teoria dei « tropi »; e che, anzi, la loro importanza sarebbe addirittura eccezionale, se riuscissero a mostrare nell'opera vichiana l'incidenza di una concezione retorica classica, il cui impiego apparirebbe del tutto giustificato pur nella sconvolgente « novità » della *Scienza nuova*.

Sulle ragioni del lungo oblio delle *Institutiones* lo studioso non ha dubbi: si tratta, evidentemente, del riflesso di quella concezione più o meno « globalizzante » del pensiero del Vico che, appunto in nome della modernità » e « novità », si affrettava a respingere così umili e, se si vuole, « compromettenti » connessioni. È questo, per lui, il caso tipico di un così illustre esegeta e filologo quale fu Fausto Nicolini, cui non parve possibile che il filosofo, scopritore della spontaneità e creatività del « parlare figurato », potesse insegnare dalla cattedra concezioni e dottrine così opposte, come erano quelle tipiche della retorica tradizionale. Sicché non potè intendere che quella « scoperta » vichiana si riferiva senza dubbio al problema dell'« origine »; ma non escludeva affatto l'esistenza del « parlare figurato » come « forma teorica » di un sistema linguistico già fissato, soprattutto in quell'ambito del discorso e del rapporto « civile » che è costituito dalla realtà sociale e storica, dal mondo degli interessi, conflitti e bisogni umani, la cui normativa è affidata alla giurisprudenza » ed alla funzione persuasiva ed argomentativa degli strumenti della « probabilità » e « possibilità » retorica.

Che poi il Vico affermasse in modo esplicito il suo riconoscimento del valore dei procedimenti retorico-oratori è, del resto, confermato da sue dichiarazioni raccolte e chiosate opportunamente dal Crifò. Questi ricorda come, nel *De nostri temporis studiorum ratione*, il filosofo affermasse di temere soprattutto la possibilità di aver formulato « falsi giudizi » sull'« eloquenza » da lui insegnata « ex cathedra »; e ritiene

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che, se egli avesse davvero rilevato una contraddizione insuperabile tra la dottrina dei « tropi » proposta nella *Scienza nuova* ed il proprio insegnamento retorico, lo avrebbe riconosciuto esplicitamente nelle lezioni tenute poi, nelle quali non mancano, tra l'altro, diretti richiami al suo capolavoro. Né questi rinvii hanno, per lui, il senso che ha voluto attribuire loro il Nicolini, così preoccupato di connettere alla novità della *Scienza nuova* l'assenza di una trattazione relativa ai « tropi » nella redazione delle *Institutiones* conservata nel ms. Croce e da lui datata al 1738. Questa connessione sembra al Crifò troppo « rapida », immediata e addirittura « inverosimile », perché avrebbe implicato la soppressione dell'intera « secunda pars elocutionis », in un corso ufficiale di retorica che di tale materia esigeva l'ampia ed organica trattazione. Del resto, è un fatto che, nel § *De dignitate* di questa redazione (ove il Vico rinvia alla *Scienza nuova* per la dottrina dei « tropi »), è ben spiegato cosa siano « le figure di parola e di pensiero » delle quali non si esclude affatto l'esemplificazione, rinviata sia « ad altri libri », sia a quanto il filosofo aveva scritto nelle *Vindiciae* del '29. Ed il Crifò aggiunge, poi, anche un'altra autorevole conferma fornita dal *De formis dicendi*, ove non mancano, appunto, i riferimenti ai « tropi » e, in particolare, alle « metafore » e « figure di parole » che, con la loro efficacia di forme del « parlar figurato », accrescono lo « stile sublime ». Ma c'è di più: il Vico stesso, nella sua *Autobiografia*, testimonia come egli sentisse la responsabilità e l'impegno di un insegnamento che, sebbene meno illustre di quello del diritto, era da lui considerato del tutto degno delle sue fatiche.

È vero che le *Institutiones* non figurano nei tre cataloghi a noi noti delle sue opere stesi dallo stesso Vico, e che non vennero mai pubblicate a stampa. Ma sembra anche a me che le ragioni indicate dal Crifò valgano, se non ad eliminare del tutto, certo a rendere assai più debole questa obiezione. Soprattutto, lo studioso ha buon giuoco nel connettere l'insegnamento retorico del Vico alle idee dominanti nel *De ratione,* in particolare, all'analisi degli svantaggi relativi causati dal nuovo tipo di « critica » e dall'uso prevalente del « metodo geometrico » nell'ambito della fisica. Basti ricordare quanto il filosofo scrive sull'educazione letteraria preparatoria alla retorica, sugli « aiuti dell'arte », sulla « topica » e i suoi principi. Sono, queste, considerazioni che si oppongono chiaramente a qualsiasi interpretazione riduttiva e svalutativa delle *Institutiones*; e sono confermate proprio dai « dati interni all'opera vichiana » che mostrano il permanere, sino all'ultima *Scienza nuova*, di materiali ed elaborazioni tratti dall'insegnamento retorico, bene esemplificati dai rinvii non solo al *De antiquissima* (1710), bensì al discorso del '37 su « Filosofia ed eloquenza » ed ancora alle *Vici Vindiciae* (1729), ove una « bella digressione » (« dell'ingegno umano, dei detti acuti e arguti e del riso ») riprende « parti sostanziali della trattazione istituzionale ». Ma gli esempi citati dal Crifò sono assai più numerosi, e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culminano con la citazione di quel passo del *De mente heroica* che dice testualmente: « Studiando retorica, imparerete ciò che occorre perché la vostra lingua non tradisca o diserti il pensiero, né la vostra mente la causa che perseguite ».

D'altro canto, proprio la lettura della trattazione della *Scienza Nuova seconda* relativa ai « tropi, mostri e trasformazioni poetiche » chiarisce che il Vico, in quei passi, intende indagare « il ' perché ' dei tropi, in rapporto alla ' discoverta ' della funzione prelogica della lingua ». Ciò però non esclude affatto « l'esigenza di conoscere (e insegnare) le modalità dei tropi stessi »; ed anzi rivela « l'identità della materia e della sua stessa organizzazione » con quanto lo stesso filosofo espone, quando tratta, in modo istituzionale, « dei tropi in genere e di metafora, metonimia, sineddoche e ironia ». I confronti proposti dal Crifò sono davvero sufficienti a mostrare il « rapporto costante e strettissimo » che corre tra le *Institutiones* e le opere maggiori. Con giusta cautela lo stesso studioso ci ammonisce a non cercare in quel libro « le ragioni della metafisica o tutte quelle dell'antropologia vichiana », ma a riconoscervi piuttosto « ragioni di logica e di cultura », ben connesse all'applicazione filosofica delle tecniche retoriche « alle istituzioni del mondo civile e della sapienza pratica ». Ed è pur vero che la ricerca storica potrà utilmente giovarsi del vantaggio di poter conoscere con esattezza quali siano i mezzi retorici di cui si serve il filosofo permettendo di approfondire quel « lavoro di scavo » che sinora si è concentrato soprattutto sul *De ratione*. Anche le più recenti discussioni « sul concetto di universale fantastico o sapienza poetica o mentalità mitica » potrebbero risultare meglio documentate e motivate da una nuova lettura critica e filologica delle *Institutiones* . Né v'è dubbio che, anche per questa via possa passare una restituzione del Vico al suo tempo ed alla sua cultura che concentri l'indagine sui rapporti tra retorica e logica, filosofia, diritto e meditazione storica, sempre sottostanti alla complessa elaborazione del suo pensiero di cui costituiscono il nesso più profondo e costante.

Il Crifò, a questo proposito, si richiama giustamente ai noti lavori del Verene ed a quelle interpretazioni che, muovendo soprattutto dalle « orazioni inaugurali », hanno già rilevato la stretta connessione tra retorica, filosofia e diritto tipica del « primo » Vico. Ma sono convinto anch'io che la lettura e lo studio di quei paragrafi delle *Institutiones*, qui accutamente esaminati e posti a confronto con passi « paralleli » della *Scienza nuova seconda*, permettano di cogliere le prime radici di una « logica della fantasia », nella costante compresenza tra la coscienza « istituzionale » del valore specifico dei procedimenti « metaforici » e la loro assunzione a principio d'interpretazione di una scoperta nuova ed originale che investe il significato dell'arte, della poesia, del linguaggio, del mito e della ritualità umana. In questo senso, la precoce acquisizione delle possibilità fornite dall'uso dei « tropi », perfettamente « verifica-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ta » nelle *Institutiones*, non contrasta, certo, con la distinzione, anch'essa chiara per il Vico, tra l'impiego « nuovo » di queste forme del « parlare figurato » e quello « normale » all'interno di un sistema ormai « codificato » di linguaggio. Ché, anzi, proprio « la scoperta della funzione prelogica della lingua » impone agli studiosi di rivolgersi non solo al *De ratione* ed alle altre orazioni inaugurali, ma anche alle *Institutiones* , ove è custodito il « materiale mai dimenticato da Vico », sul quale è nata ed e maturata questa « chiave maestra » della *Scienza nuova* . Lo stesso rifiuto del ragionamento « cartesiano » che « non attende perpetuamente ad altro che a far scaturire una proposizione da quella che immediatamente la precede » ed « ottunde » così la « facoltà di scorgere somiglianze ideali in cose quanto mai lontane e diverse » trova, del resto, la sua motivazione anche in un testo delle *Institutiones*; così come vi si può individuare, in un passo sulle cause del « mutamento tropico », il presupposto della celebre dottrina della *Scienza nuova seconda* su « i fonti di tutta la locuzione poetica », ricondotti « alla povertà di parlari e necessità di spiegarsi e di farsi intendere ».

Con altrettanta decisione-il Crifò rivendica poi l'importanza delle *Institutiones* « nell'ambito della discussione sulla topica » di cui giustamente sottolinea la preminenza nella « sfera giuridico-politica ». Senza entrare nei particolari dei molti richiami alla vasta letteratura degli ultimi decenni sulla « topica » ed alla « problematica attuale della retorica come filosofia » che egli propone, basterà notare come sottolinei giustamente « la centralità del riferimento giuridico nell'opera vichiana » e la presenza determinante del diritto romano. Concordando con il Kelley che proprio nel *Corpus juris* indica « the basic model for Vico's system of social thought », ricorda però pure, che « lo studio del diritto... rientrava nei precetti ciceroniani per la formazione dell'oratore, del filosofo e del politico, ma anche in quelli di Quintiliano per la formazione del retore, di Vitruvio per quella dell'architetto, di Galeno per quella del medico », in una prospettiva enciclopedica, il cui « tramite era sempre la retorica, come indefettibile modo di conoscenza e di comunicazione sociale ». Che, poi, nel « sistema del Diritto universale », il Vico giunga ad « una quasi identificazione della retorica, come arte del persuadere, con l'arte di interpretare la legge » è un'osservazione alla quale si può ragionevolmente consentire; così come colpisce il motivato avvicinamento del filosofo al Savigny ed alla sua teoria dell'interpretazione. Non basta: il Crifò mostra come questa organica connessione tra retorica e diritto « trovi altri riscontri significativi in rapporto all'etimologia, alla grammatica e, in modo assolutamente preminente, alla funzione equitativa dell'oratoria forense ». È sua convinzione che proprio la « fondazione romanistica » e la « sicura conoscenza delle fonti » permettano d'individuare la più solida « armatura » e « insieme nucleo dell'intero svolgimento del pensiero vichiano », oltre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a « consentire » anche « reinterpretazioni di straordinario rilievo per la storia del pensiero giuridico e politico ».

Non a caso, il Vico maestro di retorica intendeva preparare i giovani allo studio della giurisprudenza, e cioè al pieno possesso della « tecnica retorico-giuridica » che consentisse « la migliore disciplina... nell'apprestamento e nell'applicazione degli strumenti normativi », senza trascurare quanto apparisse necessario « sotto il profilo logico e quello espressivo ». Non stupisce che, citando la *Juristische Rhetorik* dello Haft, il Crifò ci ricordi che la retorica giuridica « ha in comune con la metodologia giuridica tradizionale la finalità di coordinare la norma con una decisione sostanzialmente corretta », secondo un procedimento « nel quale trova luogo un trattamento linguistico metodologicamente consapevole ». Sicché le *Institutiones*, finalmente studiate nel quadro della complessa meditazione vichiana, possono mostrare allo storico del diritto, ma anche a quello della cultura perché il diritto e la retorica abbiano sempre mantenuto un loro stretto « rapporto vitale », alle origini e a fondamento dell'ordine metodico delle « scienze dell'uomo ».

La seconda parte dell'Introduzione è poi dedicata ad illustrare i criteri sui quali è stata « stabilita » l'edizione ed i « materiali » che in essa confluiscono. La loro consistenza, ben chiarita dal Crifò, è la seguente: 1) *Institutionum oratoriarum liber unus: exposuit utriusque iuris doctor Iohannes Baptista a Vico in almo neapolitano Gymnasio die 24 mensisi aprilis anno 1711*; manoscritto conservato presso la B.N. di Napoli (ms. XIX 42 IV/1) che reca il testo in una trascrizione del 23 agosto 1802 (sigla: *c*). 2) Un esemplare simile al precedente già appartenente alla biblioteca di D. Critemi, ed ora disperso, del quale si servì il Parchetti per la sua versione italiana del 1844 (*Delle instituzioni oratorie, opera inedita di Giovan Battista Vico, volgarizzata dal latino*, Novi 1844). Il testo latino fu edito, ma con titolo italiano, da C. Tipa (*Delle instituzioni oratorie* di Giambattista Vico, Napoli 1845); la versione e l'edizione suddette furono poi ristampate da F.S. Pomodoro per le edizioni Morano (*Opere di Giambattista Vico*, VIII, *Instituzioni oratorie e scritti inediti di G. Vico*, Napoli 1865, pp. 1-132, con nuovo inizio di numerazione). Il Nicolini ha fornito nel 1941, « una nuova, ma assai parziale, edizione del testo latino », in G.B. Vico, *Opere*, VIII, Bari 1941 p. 159-196 (sigle: testo latino Tipa-Pomodoro: *a*; versione Parchetti: *P*; edizione Nicolini: *N*). 3) *Joannis Ba(pti)stae de Vico liber-rhetoricae nomen - 1738. Institutionum oratoriarum liber*; manoscritto acquistato da Benedetto Croce e conservato nella Biblioteca Croce XCII A 6). Non è certo se si tratti di un testo « redatto a lezione » o di (una copia, ma il Nicolini ha, proposto che, nel primo caso, si debba riferirlo al corso del 1737-'38 o del '38-'39, e che la dettatura sia attribuibile a Gennaro Vico, il figlio che gli successe sulla cattedra di retorica. Ove si tratti, invece, di una copia, il corso dovrebbe essere in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ogni caso, successivo al 1730, perché nel testo sono contenuti espliciti rinvii alla *Scienza nuova seconda* . Sempre il Nicolini ne ha pubblicato, nello stesso volume VIII delle *Opere* di Vico (pp. 197-203), le sole parti che riteneva contenessero « differenze sostanziali » rispetto alla redazione del 1711 (sigla: *Cr*; e per l'ed. Nicolini: *N* 1). 4) *Eruditissimi Viri U.J.D. Jo: Baptistae de Vico publici Neapolis Achad.ci prim.rii I(n)stitutionum oratoriarum libri IV. ab eodem in G: Achad.a explicati, inceptiq: XII Kalendas novembris 1741. Emanuel Paparone Gallipolitanus. Gallipoli exarabat.*; manoscritto conservato nella B. Augusta di Perugia (ms. 3311). Non è certo se si tratti di un testo delle *Institutiones* raccolto in via diretta o di un « possibile apografo »; ed è ancora inedito, tranne « alcune righe pubblicate a confronto dal Donati nel 1922 » (sigl: *b*). 5) G. Vico, *Institutiones rhetoricae*; manoscritto descritto dal Nicolini in un'aggiunta alla *Bibliografia vichiana* (1947-1948), I, p. 162, che presenta, nelle prime otto carte, una copia relativamente tarda dei primi dieci paragrafi delle *Institutiones*, nella redazione del 1710-11 e, quindi, scritto da una mano più antica e su carta diversa, « ciò che avanza d'una non troppo intelligente contaminazione dovuta a Gennaro Vico », della stessa redazione. È ignota l'attuale collocazione. 4) Codice anepigrafo (*In questo tomo si contengono questi libri — De Chriis — Tre quinterni di frasi — Orazione di Cicerone per Marco Marcello tradotta — Poetica d'Orazio — Cinque commedie di Terenzio*), conservato presso la B.N. di Napoli (ms XVIII 38); alcune parti delle « crie » e della *Collectio* sono state « pubblicate (con qualche manipolazione) o riferite dal Nicolini », in Giambattista VICO, *Opere*, Milano-Napoli 1953, pp. 957-969 (sigle: *ch, co*, *AP*).

Si tratta, dunque, di una situazione testuale assai complessa, ignorata — come sottolinea il Crifò — anche in scritti specialistici di notevole importanza; ed è evidente che l'editore non dispone di un testo originale delle *Institutiones*, bensì di « materiali di varia provenienza e data », la cui valutazione ed utilizzazione ecdotica impongono la soluzione di non pochi problemi. Comunque, è indiscutibile che la base per un'edizione critica sia costituita sia dal materiale relativo al 1711 (*a-c-N-P*), sia da quello posteriore almeno per le parti « che lo integrano e correggono » (*Cr* e, per le parti edite, *N1-b-ch-co- AP*). Ma tale procedimento critico non è stato affatto seguito dall'edizione fornita dal Nicolini che, considerando le *Institutiones* « una testimonianza meramente indicativa dell'attività scolastica del Vico » e « non certo... (uno) strumento di lavoro per la ricostruzione del (suo) pensiero », si è limitato ad una riproduzione molto parziale di *a* (con le aggiunte già ricordate tratte da *Cr*).

Con buona ragione, il Crifò afferma che la via da seguire è del tutto diversa; ed ammonisce a tener conto della discussione aperta da Pietro Piovani, nel 1972, e proseguita con l'intervento di vari studiosi, in vista di una nuova edizione integrale di Vico promossa dal « Centro di studi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vichiani ». Ma insiste, soprattutto, sulla necessità di riconoscere, sulla traccia segnata dal Fubini, « il valore positivo della retorica, in tutta l'opera del Vico », e, perciò, di porre a disposizione degli studiosi le *Institutiones* in tutta la loro interezza, fondandosi sulla « documentazione testuale » fin qui posseduta. Comunque il criterio esposto dall'editore è chiaro e, a mio parere, del tutto soddisfacente: assumere come base *c, Cr* e, soprattutto, *b* , « aggregato... al testo base quando occorre, ma anche indicato in apparato, quando esibisce parti identiche o, comunque, non preferite per la costruzione del testo, rispetto al quale il riscontro costante di *a* e delle sue varianti era ovviamente necessario, nonostante errori e imprecisioni, trattandosi pur sempre di *editio princeps* ». Quanto a *Cr* , il Crifò precisa di « averlo inserito talvolta nel testo base, se unico testimonio o per lezioni preferite, trascrivendolo invece in apparato per punti non accolti, ma egualmente notevoli ». Infine, sottolinea che la scelta come base della versione del 1711 ha imposto « un'utilizzazione di *Cr* e soprattutto di *b* a scopo integrativo, ma non anche necessariamente sostitutivo di lezioni attestate in modo non troppo diverso da *a-c* », senza « tener sempre conto in linea di massima, di ripensamenti d'ordine formale o stilistico » e mirando piuttosto a « privilegiare » la continuità sostanziale dell'insegnamento vichiano.

Come in tutti i casi nei quali la presenza di un materiale così diluiti nel tempo impone scelte necessarie, ma sempre plausibili, si potrebbe a lungo discutere sui criteri che stanno a fondamento del particolare privilegio di un « testimone ». Ma credo che avere prescelto il principio della « continuità », pur non trascurando di fornire tutte le indicazioni fondamentali sulle « varianti » successive all'interno di un « corso » che era pur sempre di carattere « istituzionale », permetta di seguire meglio di ogni altro criterio la continua presenza dello « sfondo » retorico su cui si muove la grande meditazione vichiana. In ogni caso, il lavoro del Crifò ha certamente condotto alla correzione di « numerosi errori, talvolta gravi », al « recupero e l'identificazione di citazioni e fonti preziose per la cultura di Vico », nonché all'« accrescimento notevole del testo delle *Institutiones* . . per tutte le parti diverse da *a-c* ». Inoltre — lo testimonia il ricco commento — sono state identificate e verificate in massima parte le « fonti antiche » di Vico, con un lavoro che, personalmente, ritengo del tutto necessario proprio in vista della nuova edizione integrale delle *Opere*. Sono pure d'accordo con l'editore quando ricorda come sia facile attribuire anche ad un autore come Vico « formulazioni che sono, invece, delle sue fonti » o che costituiscono, addirittura, dei « topoi » tradizionali. È questo un atteggiamento molto diffuso soprattutto da parte di storici che non hanno molta familiarità con il notevole patrimonio di autori classici, ma anche umanistici utilizzati non sempre esplicitamente dal Vico come da molti altri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scrittori del suo tempo, i quali, del resto, si rivolgevano a persone dotte non bisognose di eccessive indicazioni e richiami.

Per il resto, la giustificazione dell'edizione reca anche altri importanti elementi riguardanti la datazione dei vari materiali » ed i loro rapporti. Così l'esame di *b* suggerisce che quel testo sia stato scritto sotto dettatura, come sembra evidente sia dalle glosse marginali, sia dai numerosi errori e correzioni dai quali risulta pure la mancanza di un'accurata revisione. È, però, ancora più interessante l'analisi della cronologia dei testi che, in passato era stata così stabilita: 1711 per *a*; 1730 per *ch*. - *AP*; 1735 per *co*; 1738 per *Cr*; 1741 per *b*. Il Crifò ricorda come il Donati ritenesse che *b* conservasse la redazione di un corso di lezioni ascoltato tra il 21 ottobre del '41 e il 12 gennaio '42, l'ultimo tenuto ufficialmente dal Vico; ma osserva che, in realtà, il 12 gennaio è solo la data in cui fu accolta l'istanza del filosofo per una definitiva assegnazione della sua cattedra a Gennaro, e che il corso probabilmente continuò sino alla fine sotto il suo nome, come accadeva, del resto, sin dal '36, l'anno in cui il figlio aveva iniziato a sostituirlo parzialmente. D'altro canto, anche le date indicate dal Paparone, lo studente di Gallipoli che copiò il corso (21 ottobre '41-19 gennaio '42), avrebbero potuto riferirsi al periodo di lavoro e di studio da lui svolto sul testo vichiano; e ciò permise al Donati di supporre che il Paparone, recatosi a Napoli per seguire, tra l'ottobre e il dicembre del 41, i corsi di retorica,logica, critica e metafisica, non vi avrebbe scritto direttamente sotto dettatura quello di retorica, ma soltanto ricopiato « un corso di lezioni sentito da un altro studente » tra il 21 ottobre '41 e il 19 gennaio successivo. Non basta: sempre il Donati, accettando senza alcun dubbio la datazione del 1738 per *Cr*, nota la vicinanza di questo manoscritto con quello steso a Gallipoli e le loro differenze nei confronti dell'edizione Pomodoro (*a*); data quest'ultimo testo a prima del '36; e ritiene che le modifiche formali individuabili in *Cr* e in *b* testimonino una « perseverante attività di revisione », condotta, fra il '36 ed il '40, mediante la collaborazione del Vico e del figlio. Infine, il Nicolini — sempre per confermare la supposta rottura definitiva del filosofo con la tradizione della retorica scolastica — ha sostenuto che *b* esibisce, piuttosto, « una redazione intermedia tra quella dell'11 e quella del '38, sicuramente anteriore... al *De constantia iurisprudentis* (1721) ». Sicché le datazioni proposte dall'illustre vicologo sarebbero le seguenti: 1710 (dall'ottobre all'aprile dell'anno seguente), dettatura della prima redazione che ci è pervenuta; 1718 (dall'ottobre all'aprile del '19), dettatura della seconda stesura a noi nota; 1735 (primi mesi), il corso di lezioni che « porse alimento » alla *Collectio phrasium* ed alla versione di Terenzio; 1737 (dall'ottobre di quest'anno o del successivo) inizio della dettatura della ultima redazione.

Il Crifò sottopone questi risultati ad una nuova verifica che gli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

permette di raggiungere conclusioni assai diverse, in larga misura accettabili. Non contesta, per quanto riguarda *a* e *c*, la datazione del 1711; però non gli sembrano accettabili gli argomenti adottati dal Nicolini per « canonizzare » la data del 1738 per *Cr* e trarne le conseguenze così legate alla sua interpretazione delle *Institutiones* . Anzi, è convinto che anche il Donati se ne sia lasciato influenzare, al punto da ritenere che i testi alla base di *a-P* dovessero essere anteriori al '36 e fosse ipotizzabile una possibile revisione, operata tra il '36 ed il '40, con l'aiuto di Gennaro, e testimoniata anche dal manoscritto del 1741; mentre il corso contenuto da *Cr* potrebbe essere datato a un periodo successivo al '30 e non posteriore al '38. Ora, l'editore fa osservare che il rinvio alla *Scienza nuova* presente in *Cr* non si riferisce sicuramente all'opera del 1725 e, tanto meno, alla *Scienza nuova in forma negativa*, come conferma il richiamo esplicito alle *Vindiciae*, nel *De dignitate* (1729). Non basta: nel *De numero* della stessa redazione *Cr* leggiamo la frase: « in nostris libris postremo editis de nova scientia » che — a giudizio del Crifò — indica il, « 1730 o poco dopo » e, addirittura, una data precedente al '31, giacché in questa versione non si tiene conto, a differenza di *b*, delle « iscrizioni funerarie per Gaetano Argento dettate da Vico in quell'anno ».

Anche l'esame del materiale del 1730 e 1735, ignoto al Donati, ma noto al Nicolini, rafforza, per il Crifò, l'anticipazione cronologica del testo *Cr*. Ma, soprattutto, è importante l'osservazione che le datazioni « esterne » dei manoscritti, valide per indicare i momenti della loro trascrizione, non lo sono altrettanto per datare « la sostanza dei materiali esibiti ». Come il Crifò sottolinea con insistenza, da questo punto di vista, le *Institutiones* , « nella loro intera proposizione accademica », non indicano affatto « autentici punti di rottura rivoluzionaria in funzione della scoperta del linguaggio metaforico in senso genetico », ed anzi, confermano « la continuità di una formazione culturale che sino dai primissimi lavori costituisce una base per l'intero svolgimento. del pensiero vichiano ». Del resto, anche l'assenza in *Cr* di « un discorso continuato e diffuso, articolato per paragrafi successivi sui tropi e le figure » è « un'omissione non sostanziale », spiegabile forse anche « con ragioni estrinseche » che valgono, in ogni caso, per la mancanza di altri interi paragrafi (20 e 21 e gran parte del 22). Non basta: perchè i paragrafi sui tropi sono « integralmente presenti in *b* », nonché « nell'unico esemplare noto delle *Institutiones*, dettato da Gennaro Vico », ma che forse andava ancora sotto il nome del padre.

Sono questi, per l'editore, i migliori indizi che questa dottrina continuava ad essere insegnata dal Vico, anche dopo la stesura della *Scienze nuova*; e confermano pure che proprio un pregiudizio « antiretorico » ha indotto il Nicolini a sottovalutare troppo *b* ed a sopravvalutare *Cr*, stabilendo addirittura quasi un ventennio di distanza tra la stesura di *b* (1718-19) e quella di *Cr* (1737-39). Questa cronologia è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contestata decisamente dal Crifò, il quale osserva come in *b* si sia « riversato in modo assai cospicuo il materiale del 1730-35 », il che rende questo manoscritto « un testimone autorevole » pensiero di Vico.

Non posso, purtroppo, seguire il Crifò nel suo minuzioso ed esauriente esame dei rapporti esistenti tra le varie versioni delle *Institutiones* e delle relative aggiunte, omissioni e mutamenti. Mi sembra, comunque, che sia nel giusto quando osserva che le somiglianze tra *b* e *Cr* sono assai più significative delle loro differenze; quando sottolinea che, se il Vico « si fosse orientato verso una radicale modificazione del suo corso di lezioni a specchio di una teorizzazione che, cominciata nel 1720, si continua poi nelle varie redazioni della *Scienza nuova* », non si spiegherebbero le sue dichiarazioni, già riferite in *Cr*, né la mancanza di eguali omissioni in *b* e nel più tardo esemplare delle *Institutiones* dettate dal figlio; e quando, con argomenti convincenti, respinge il tentativo del Nicolini di anticipare *b* al 1718-19. Soprattutto è importante la sua indagine sui materiali del 1730-35 che, « per la quantità di riferimenti di storia, di diritto ecc. » contenuti, « possono offrire un'idea adeguata di quel che l'insegnamento retorico impartito dal Vico doveva significare ». Sicché tra i meriti del lungo e difficile lavoro del Crifò, attestato non solo dalla particolare cura ecdotica, ma dalla nuova versione italiana finalmente esatta e fedele e dall'ampio e convincente commento, sta certo quello di aver fatto emergere tutta l'importanza della cultura retorica del Vico, la cui comprensione è indispensabile anche per illustrare e « intendere » davvero la genesi delle grandi « discoverte » della *Scienza nuova*.

La cultura filosofica contemporanea che ha riscoperto significati, valori e profonde incidenze storiche delle dottrine retoriche non ha più alcuna ragione di escludere o di sottovalutare un'aspetto della formazione, attività e disposizione intellettuale del Vico che, anche a mio avviso, dischiude molte nuove possibilità per una ricerca orientata a ricostruire le ragioni e gli sviluppi della sua filosofia, in un ambito storico certo e definito, e non aperto alle inutili « querelles » sui « precorrimenti » o la varia « modernità » delle sue idee. Né avrebbe più molto senso negare che la dimensione giuridico-retorica delle dottrine vichiane costituisce una delle migliori vie di accesso all'intelligenza di problemi e di temi la cui vera natura è spesso sfuggita ad un'esegesi troppo preoccupata di proiettare il Vico nel nostro presente o, addirittura, di farne l'«antenato » di questa o quella filosofia, ideologia o, magari, « moda » intellettuale contemporanea. Ma, per chiudere questa sin troppo lunga recensione, con parole che spieghino davvero il significato che la retorica poteva assumere per il filosofo napoletano, basta, credo, questa breve citazione tolta dalle delle *Institutiones:* « 'Rhetor' autem Graecis ipse orator est: beatiori enim sapientiae Graecae saeculo deerat artificis nomen: quia rhetorica cum ipsa philosophia discebatur. Philosophia namque format hominis mentem veris

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

animi virtutibus atque adeo docet vera et digna cogitare, agere, loqui. Qui autem, ex vero et pro dignitate loquitur, is optimus erit orator ».

CESARE VASOLI

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia.* Torino, Einaudi, 1992.

Il libro di Gustavo Zagrebelsky può essere recensito da diversi punti di vista, ciascuno dei quali corrispondente ai rispettivi diversi materiali di cui il volume si compone. Infatti, uno dei caratteri più originali dell'opera di cui trattiamo è quello di risultare da una sorta di arte, o tecnica, combinatoria di materiali di diversa provenienza. Basta scorrere l'ampio apparato di note di cui il testo è corredato per capire che le cave — se così possiamo dire — da cui i materiali in questione sono estratti sono molteplici:il diritto costituzionale in senso stretto, ma anche la teoria generale del diritto, la filosofia politica e la storia delle dottrine politiche, ed infine la storia costituzionale. Poichè quest'ultima è la cava — per continuare nella nostra metafora — nella quale anche il recensore di solito lavora, è da questo punto di vista che noi recensiamo l'opera di Zagrebelsky. Le domande che ci poniamo sono allora le seguenti: quale immagine della storia costituzionale più recente balza fuori dalle pagine di Zagrebelsky? Si tratta di un'immagine nota e consueta presso i giuristi? E quali conseguenze pratiche, per le costituzioni odierne, si possono trarre da quella medesima immagine?

Tentiamo prima di tutto di rispondere alle prime due domande. Com'è noto, i giuristi raffigurano di solito la storia costituzionale degli ultimi due secoli, dalla Rivoluzione in poi, secondo l'ideale ordinante del *perfezionamento*. Secondo questa interpretazione, la Rivoluzione avrebbe posto le premesse del moderno Stato di diritto, che sarebbero state portate a compimento, prima dallo Stato di diritto legislativo del secolo scorso, e poi dalle costituzioni dell'ultimo dopoguerra, secondo una linea continuamente progrediente, che muove dall'affermazione solenne dei diritti nell'89 ed arriva all'odierno sindacato di costituzionalità, passando attraverso forme sempre più ampie e raffinate di tutela dei diritti medesimi, delle libertà civili e politiche. In verità, già a partire dagli anni Trenta e Cinquanta del nostro secolo — con Carl Schmitt prima, e con Ernst Forsthoff dopo — non erano mancate voci dissenzienti, che avevano posto il problema di una vera e propria *frattura* all'interno della vicenda storica dello Stato di diritto, all'incirca collocabile tra la fine del secolo scorso e l'inizio del Novecento. Tuttavia tali dottrine erano apparse ai più inservibili per una corretta analisi delle costituzioni contemporanee. Esse, infatti, prendendo le mosse da una pesante ideologizzazione del valore in sè della sovranità dello Stato — o meglio ancora della sovranità del politico, di cui lo Stato nient'altro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

era che una forma storica di espressione e di organizzazione — percepivano certamente l'esistenza di quella frattura tra Otto e Novecento di cui sopra si discorreva, ma solo ed esclusivamente nel senso dell 'inizio di una decadenza inarrestabile, e sboccavano complessivamente in una diffusa deprecazione del ' pluralismo ' contemporaneo, valutato a senso unico come anticamera della inevitabile dissoluzione di ogni ordine costituzionalmente e politicamente significativo.

Ora, tutto quanto Zagrebelsky viene dicendo nel suo volume a proposito delle costituzioni contemporanee muove da questo presupposto: il ' pluralismo ' che stiamo vivendo non è affatto un'insopportabile condizione storica da cui uscire quanto prima — come pensavano Schmitt e Forsthoff —, ma non è neppure un semplice perfezionamento ed arricchimento della precedente costituzione liberale ottocentesca, come vorrebbe la dottrina giuridica tutto sommato ancora dominante. Insomma, la frattura tra Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo e regimi costituzionali contemporanei c'è stata, e ben profonda: di lì bisogna ripartire per capire il nostro presente costituzionale. Le nostre domande divengono allora le seguenti: qual'è stato il carattere prevalente di tale frattura? Che cosa si è abbandonato dello Stato di diritto del secolo scorso, e che cosa c'è dunque di radicalmente nuovo nelle costituzioni del nostro secolo? La tesi di Zagrebelsky è che il diritto abbia nelle società e nelle costituzioni contemporanee un carattere inedito, o comunque sicuramente sconosciuto all'Ottocento liberale, che è il carattere della *pluridimensionalità*. Esso non vive cioè più solo nella dimensione della legge dello Stato, come nel secolo scorso, ma anche in altre dimensioni, che ci sono infinitamente meno note appunto perché — questa in definitiva l'ipotesi da cui Zagrebelsky muove — fino ad oggi si è ragionato prevalentemente secondo le categorie del positivismo legislativo d'impronta statualistica del secolo scorso. Tra le dimensioni nuove di vita del diritto c'è certamente quella della costituzione, ma non nel senso della mera giustapposizione di una nuova fonte di diritto sovraordinata, come se si fosse trattato solo di sopraelevare un edificio già esistente, da lasciare intatto nelle sue fondamenta. In realtà, nel passaggio tra Otto e Novecento è accaduto molto di più. È accaduto che il diritto ha iniziato ad esistere anche — e non sembri un gioco di parole — in forma di diritti, attraverso una fondazione diretta ed autonoma dei diritti nella costituzione, prima della legge ed al di là della legge. Secondo Zagrebelsky, è come se vivessimo appena all'inizio di questa vicenda, proprio per questo essendo capaci di cogliere di essa solo l'aspetto più eclatante e per così dire patologico, che è poi quello notissimo del sindacato di costituzionalità quale meccanismo di tutela dei diritti da mettere in opera contro la legge incostituzionale. Ma ciò che interessa è in effetti molto di più: è la fisiologia — e non solo la patologia — di un sistema che è già in sè nuovo, che già ordinariamente vive in dimensioni plurime, ma sul quale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

continuiamo a ragionare ancora con le vecchie categorie, come se la situazione fosse quella di un secolo fa, quando ancora si poteva identificare in modo esclusivo la certezza del diritto con un meccanismo di pronta, sicura ed uniforme applicazione della legge dello Stato. Proprio per questo motivo le proposte che scaturiscono dal volume di Zagrebelsky — ed in particolare dagli ultimi due capitoli — possono dirsi tutto sommato di ordine culturale, per quanto dirette a porre le premesse, in prospettiva, per interventi di carattere pratico-operativo. Si tratta per lui prima di tutto di affermare la necessità di una nuova cultura giuridica — per esempio di una nuova cultura della funzione giurisdizionale — che consenta di rivedere, e di ripercorrere, problematiche in apparenza già esplorate, come quella della normatività dei principi costituzionali, o di ripensare i cardini della attività interpretativa, effettivamente ancora racchiusa in buona misura nello schema positivistico della applicazione della legge al caso concreto, o meglio della sussunzione del secondo nella prima. Sono aspetti sui quali non possiamo soffermarci, e che meriterebbero ben altro approfondimento.

Nella ultima parte della nostra recensione vorremmo piuttosto riprendere in esame la problematica in genere dello Stato costituzionale quale forma politica peculiare del nostro secolo, diversa dallo Stato di diritto legislativo del secolo scorso. C'è qui infatti un possibile equivoco da rimuovere: il passaggio in questione non è affatto letto da Zagrebelsky come un processo di progressiva emarginazione del ruolo del legislatore. Il fatto che nella legge non siano più incorporati necessariamente i diritti non significa infatti che il legislatore venga ridotto al ruolo di mero interprete, quasi solo 'tecnico', della costituzione. Quest'ultima è per Zagrebelsky il luogo in cui coesistono, e si rendono compatibili, più valori e più principi, che integra nel senso che rende possibile un crescente riconoscimento reciproco tra i soggetti che concretamente sostengono quei valori e quei principi, e non nel senso di una rinnovata *reductio ad unum*, come se da essa tutto dovesse discendere sul piano sostanziale, come se l'intera dimensione politica fosse riducibile alla dimensione della attuazione della costituzione. Al legislatore rimane dunque tutto lo spazio necessario ad esplicare il principio di responsabilità che regge — o dovrebbe reggere — le democrazie contemporanee: la responsabilità degli elettori che scelgono un certo indirizzo politico, e di coloro che in parlamento e nel governo sono chiamati a rendere concreto tale indirizzo. Se Zagrebelsky non avesse ribadito con forza questo aspetto, allora avrebbe potuto ingenerare in noi un sospetto: che quella frattura da cui abbiamo preso le mosse fosse rappresentabile in realtà solo come *il passaggio da un assolutismo ad un altro, da una situazione in cui tutto il diritto è legge dello Stato ad una situazione in cui tutto il diritto è attuazione della costituzione.* Ed invece la frattura è stata ben più profonda, come sostiene lo stesso Zagrebelsky, ed è rappresentabile piuttosto come il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passaggio da una situazione in cui il diritto aveva un padrone, nella persona del legislatore, ad una situazione in cui il diritto non ha più padroni: non più il legislatore medesimo, poiché la sua volontà normativa può ormai determinare — come abbiamo visto — solo una parte del diritto, ma neppure le Corti ed i giudici, ove questi volessero arrogarsi il potere d'interpretare autenticamente la costituzione, per fare di essa una sorta di destino univoco, ed integralmente normativizzato, dell'intera collettività. In definitiva, se c'è stata davvero una frattura all'origine dei nostri attuali sistemi politici, è precisamente per questo motivo, per l'impossibilità della costituzione, e dell'insieme dei suoi interpreti, di *sostituire* il legislatore al centro del sistema, da esso ereditando la vecchia posizione di dominio, o meglio *quel tipo* di dominio che era esercitato nei precedenti sistemi dallo stesso legislatore.

Si può senz'altro concordare con questa conclusione di Zagrebelsky, e sarebbe certamente errato — anche noi lo riteniamo — sovraccaricare la costituzione di aspettative di tal genere, richiedendo cioè alle costituzioni di rappresentare oggi quel centro del sistema politico che in passato era rappresentato dal legislatore, o comunque — nella più ampia tradizione europeo-continentale — dal detentore della sovranità politica. Come pure sono certamente alle nostre spalle quelle interpretazioni ' forti ' della costituzione protese a scoprire in essa una sorta di ' verità normativa ' da cui far derivare tutto il resto, cui tutti dovrebbero conformarsi, in modo tale da recuperare sul piano di un'attuazione della costituzione così rigidamente intesa quella dimensione di unità che sarebbe altrimenti ben difficilmente percepibile nelle nostre società e nei nostri sistemi politici. Tuttavia, proprio il libro di Zagrebelsky ci sospinge a questo proposito verso una domanda conclusiva: se è vero che le costituzioni contemporanee non possono più rappresentare il centro, in continuità con la grande tradizione europeo-continentale della sovranità politica — cui ancora appartenevano il legislatore della Rivoluzione e del diciannovesimo secolo, forse come ultima espressione storica di quella tradizione —, su quale altra dimensione, diversa dalla vecchia idea del centro, può fondarsi il pur necessario primato di quelle costituzioni tra le fonti di diritto?Infatti, a ben guardare, al vertice del sistema delle fonti di diritto non sta mai, in nessuna situazione storica, una fonte qualsiasi, e nessun primato può essere in questa materia solo tecnico-procedurale: se il legislatore ha lungamente occupato quel vertice è perché esso beneficiava — in senso forte, e ben più forte che oggi — della formidabile invenzione della volontà generale, ed in questo senso costituiva appunto il ' centro ' del sistema giuridico e politico. Ed allora, la domanda precedente diviene la seguente: quale altra, e nuova, 'invenzione'sorregge oggi il primato della costituzione? Io credo che qui la risposta sia obbligata: se le costituzioni sono oggi al vertice del sistema delle fonti di diritto, è perché in esse è presente —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o si ritiene che sia presente — un ' nucleo fondamentale ' di valori e di principi che nel suo complesso possa dirsi generalmente condiviso, o comunque condiviso ben al di là delle semplici e più contingenti maggioranze politiche del momento. Se è vero che questo ' nucleo ' — come abbiamo detto più volte — non può più essere il ' centro ' da cui tutto muove, è pur vero che esso rappresenta il minimo comune denominatore che comunque deve essere accettato, nei suoi aspetti fondamentali, da tutti coloro che operano in quella certa società, di cui è espressione quella certa costituzione. Insomma, ogni costituzione, oltre a rendere possibili e compatibili più valori e più principi, contiene necessariamente valori e principi nel senso sopra indicato sostanzialmente condivisi. In fondo, anche la costituzione che più si proponga, come suo primo intento, di consentire l'esplicazione del maggior numero possibile di opzioni, fondate sui valori e sui principi più diversi, che cosa esprime, alla fine, se non i valori primari e comuni della tolleranza, del reciproco riconoscimento delle diversità, della risoluzione pacifica dei conflitti? E senza una sostanziale condivisione di questo nucleo fondamentale di valori, come potrebbe la costituzione garantire la pluralità di quelle opzioni, e di quei principi, che sono possibili a partire da essa medesima? In fondo, proprio di questi valori ha lungamente discusso nel suo volume Zagrebelsky: anche nel suo pensiero la costituzione è al vertice delle fonti di diritto proprio per questo motivo, perché senza tale primato diminuirebbe la possibilità di una composizione pacifica dei conflitti, in una parola la possibilità della realizzazione stessa delle molteplici aspirazioni che è possibile nutrire a partire dalla costituzione. La costituzione come luogo della coesistenza — se così possiamo dire — è dunque anch'essa frutto di una scelta consapevole per un 'nucleo fondamentale' di valori e di principi, e nient'affatto pura norma tecnica di procedura. Una costituzione che sia solo norma tecnica di procedura è in questo senso altrettanto improbabile di una costituzione che voglia essere sistema univoco, definitivo e conchiuso di principi e di valori. Nella stessa misura, il diritto mite di Zagrebelsky è semplicemente il diritto di cui nessuno può più disporre in modo esclusivo, che nessuno può più integralmente definire, ma non per questo si riduce ad essere mera norma tecnica di procedura: è il diritto senza padroni, e non il diritto senza contenuti.

MAURIZIO FIORAVANTI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Storia Amministrazione Costituzione. Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica Bologna, Il Mulino, 1993.

Pensato e realizzato nel quadro delle molteplici attività dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica viene ora alla luce un nuovo periodico scientifico diretto da Ettore Rotelli, che in tale opera è coadiuvato da Piero Aimo e da Fabio Rugge. Si tratta di una circostanza certamente da segnalare sulle pagine di questa Rivista, da sempre interessata a tutte quelle imprese scientifiche che promuovono il colloquio — come in questo caso — tra le discipline storiografiche, e tra queste ed il vasto mondo delle scienze sociali. È un colloquio che è infatti auspicato nell'editoriale di apertura, che sta ben dentro la tradizione dell'ISAP, e che è messo in pratica già in questo primo numero, in cui contributi di storia delle idee s'intrecciano con altri di storia sociale ed istituzionale. Da questo punto di vista sarebbe riduttivo intendere questo nuovo periodico come semplice rivista di storia dell'amministrazione. La pretesa è piuttosto quella di cogliere, proprio attraverso la storia dell'amministrazione, i fattori più riposti e basilari degli assetti sociali e politici, in definitiva la loro costituzione, nel senso definito — ed ormai consueto tra gli specialisti — da una certa storiografia costituzionale, soprattutto tedesca. Proprio per questo motivo riteniamo particolarmente felice la scelta del titolo, dedicato alla successione, ed alla concatenazione, di tre parole-chiave:storia, amministrazione e costituzione. Ciò che non vuole affatto significare semplicemente una storia ' specializzata ', che in quanto tale si occupa della amministrazione e della costituzione, ma piuttosto lo studio dell'amministrazione attraverso la storia, per giungere alla comprensione della costituzione, ovvero dei fattori ordinativi di base della società e dei sistemi politici. Per questo stesso motivo la storiografia che con questa nuova impresa si promuove non può che pensarsi come una delle scienze sociali che si occupano della amministrazione e della costituzione, in necessario dialogo con le altre scienze sociali, come il diritto pubblico, l'economia, la scienza politica, la sociologia. In definitiva, questo nuovo periodico nasce con un progetto preciso, non intende tanto rappresentare una o più discipline già esistenti, ma promuovere piuttosto un certo tipo di studi, è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dunque impresa culturale, ben più che accademica. Con questo spirito lo salutiamo, augurandoci che la scommessa su cui si fonda risulti alla fine vincente.

MAURIZIO FIORAVANTI

A Buenos Aires un Seminario sulle ' Riviste giuridiche '

Il tema delle Riviste giuridiche e della loro storia continua ad attrarre le coscienze più vive della odierna storiografia giuridica. In seno al Max-Plack-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main, per sollecitazione del Condirettore Michael Stolleis, si è avviato un ampio programma per quanto attiene alle Riviste tedesche. In Argentina, nel 1994, si è raggiunto un primo corposo risultato nell'ambito di una ricerca collettiva a largo raggio promossa e diretta, con felice consapevolezza, da Victor Tau Anzoategui, Catedrático de historia del derecho nella Universidad de Buenos Aires e organizzata dal bonaerense ' Instituto de Investigaciones de historia del derecho '. Infatti, nei giorni 7 e 8 settembre 1994, si è svolto presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Stato un Seminario su " Las Revistas juridicas españolas y argentinas (1850-1950) ", di cui ben volentieri trascriviamo qui il programma perfettamente realizzatosi: BARTOLOME CLAVERO (Univ. Sevilla), *Colecta y ' Revista de Legislación Universal ' (1879-1914). Procesamiento de textos para una comunidad de naciones*; CARLOS PETIT (Univ. Autónoma Barcelona), *La prensa juridica en la Universidad: la Revista de Ciencias juridicas y sociales de Rafael Ureña (1918-1936)*; ANTONIO SERRANO (Univ. Autónoma Barcelona), *Ciencia del derecho y prensa juridica en Cataluña (1812-1936)*; MARTA LORENTE (Univ. Autónoma Madrid), *De la ' Revista de los Tribunales y de la Administración ' al famoso ' Diccionario ': Marcelo Martinez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en el siglo XIX*; ALBERTO DAVID LEIVA (Univ. Buenos Aires), *Del periodismo forense a las revistas juridicas I. Un aspecto en la evolución de la literatura juridica argentina*; EZEQUIEL ABASOLO (CONICET), *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*; MARIA ROSA PUGLIESE (Univ. Buenos Aires), *' Revista de jurisprudencia argentina ': los origenes de una larga empresa editorial*; NORBERTO C. DAGROSSA (Univ. Buenos Aires), *Dos revistas parlamentarias en las décadas del 30 y 40. Una perspectiva juridica*; JUAN CARLOS FERNANDEZ (Univ. Buenos Aires), *Presencia del derecho penal y la criminologia en las revistas juridicas argentinas*. Chi scrive queste note ha avuto l'onore di tenere la *Disertación introductoria* e il *Discurso de clausura*. Victor Tau Anzoategui ha inaugurato e concluso i lavori congressuali con due brillanti e incisivi interventi. Durante il Seminario è stata offerta agli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

studiosi una prima testimonianza provvisoria di quello che sarà l'inventario delle " Revistas juridicas argentinas (1850-1950) ", curato dalla dott. Stella Maris GOMEZ RIGOLI per conto dello ' Instituto de investigaciones de historia del derecho '. Dall'Argentina ci viene veramente un esempio da seguire.

PAOLO GROSSI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di ...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAULO FERREIRA DA CUNHA

LA POLEMIQUE DU PREMIER MANUEL D'HISTOIRE DU DROIT PORTUGAIS, DE MELLO FREIRE (1)

Suivant le manuscrit de son critique, António Pereira de Fiqueredo (2)

1. *Sur la trace d'un autre contradicteur de Paschoal José de Mello Freire*

Le XVIIIe siècle portugais a vécu une intéressante polémique juridique et politique (3). Le roi D. José mort (1777), et son ministre, le

---

(1) Premier professeur de la chaire de Droit Portugais («Direito Pátrio »] à la Faculté de Lois de l'Université de Coimbra, sur nomination du Marquis de Pombal (1772). Né à Ansião, le 6 avril 1738 — décédé à Lisbonne, le 24 septembre 1798. Il a exercé plusieurs charges publiques: juge des cours superieurs (1785), député du conseil général du Saint-Office (1793), conseiller de la Reine (1793), membre de l'Académie Royale des Sciences (1793), etc. Il a étè l'auteur de plusieurs ouvrages didactiques, et de deux projets législatifs avortés: un code de droit public et un code criminel. Cet introducteur des Lumières juridiques au Portugal est très loué mais il reste très incomplètement étudié jusqu'à présent. Cf., cependant, au-delà les références de cet article, les importantes contributions de José Esteves PEREIRA, *Melo Freire (Pascoal José de)* in *Logos*, Lisbonne, Verbo, 1991, vol. III, col. 783-786; IDEM, *O pensamento politico em Portugal no século XVIII — António Ribeiro dos Santos,* Lisbonne, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1983, pp. 243-406, Mário Leite SANTOS — *Melo Freire. Sistemática e autonomização do Direito Criminal Português*, in *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 327 ss.; vol. VII, 1993, p. 163 ss. et nos travaux *Mello Freire, advogado. Noticia de um (?)manuscrito*, Lisbonne, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Lisbonne, 1992, p. 811 et suiv.; *Mello Freire Advogado. Noticia de un manuscrito*, in *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, Valparaiso, XV, 1992-1993, p. 33 et suiv.

(2) Théologien et polygraphe, défenseur des doctrines gallicanes du marquis de Pombal et célèbre par sa *Tentativa Teologica.* Né à Mação le 14 février 1725 — décédé à Lisbonne le 14 août 1797. La bibliographie sur cet auteur si fécond (son oeuvre est immense) est rare. Cf. José Adriano de Freitas, CARVALHO, *Dos significados da divulgação de J.Gerson como Profeta do Portugal Pombalino pelo P. Antonio Pereira de Figueredo,* tiré à part de *Revista de Universidade de Coimbra,* vol. XXXI, 1984, pp. 337-372 (1986); Cândido dos SANTOS, *Antonio Pereira de Figueiredo, Pombal e a Aufklaerung. Ensaio sobre o Regalismo e o Jansenismo em Portugal na 2ª metade do século XVIII,* in *Revista de Historia das Ideais*, Instituto de História e Teoria das Ideias, Coimbra, 1989, n. 4, I, p. 167-203.

(3) Cf. notre *Mythe et Constitutionnallsme au Portugal. Originalité ou influence française?* (1778-1826), Paris, Université Panthéon-Assas, 1992, policóp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

célèbre marquis de Pombal, retiré de la politique, la nouvelle reine, D. Maria I, a voulu doter le pays d'une législation nouvelle, y compris sur le plan constitutionnel. Une première commission de réforme législative n'est pas sortie de l'impasse. Mais le professeur de Coimbra, Pascoal José de Mello Freire dos Reis, travaillant sans relâche pendant toute une année, est arrivé à un projet de Code de droit public. Son texte, vraiment utopique, dans la ligne pombalienne, et adepte du despotisme éclairé, a été vivement contesté par son collègue canoniste et membre de la commission de censure du code, António Ribeiro dos Santos. La polémique sur la nouvelle législation qui remplacerait les anciennes Ordonnances des Philippes s'est prolongée pendant des années, sans qu'on ne parvienne à une solution quelconque. La révolution francaise, éclatée entretemps, a mis un point final à l'élan codificateur de la reine.

Freire et Ribeiro dos Santos restent comme les pères fondateurs mythiques de deux courants juridiques et politiques au Portugal: l'absolutiste des Lumières, et le libéral avant la lettre, ou, mieux encore, le *libéral aristocratique*, à la Montesquieu.

Mais Freire n'a pas connu seulement la polémique avec son collègue Ribeiro dos Santos. Selon Mário Júlio de Almeida Costa (4), l'oratorien António Pereira de Figueiredo pourrait nous servir en quelque sort comme contrepoint à Ribeiro dos Santos dans la critique des positions de Mello Freire. Et c'est cette trace que nous avons suivi, basés sur un manuscrit de la critique du manuel, que nous avons heureusement pu trouver.

Le texte critique en question (5) se base sur un *corpus* de l'oeuvre de Freire différent de celui de la polémique avec dos Santos: il s'agit de la censure du manuel universitaire d'histoire du droit civil du professeur de lois. Mais, les matières étant diverses, le projet juridique (et mythique) de Freire demeure naturellement le même. Essayons donc d'en relever quelques apports.

2. *La censure de Pereira de Figueiredo contre l'« Histoire » de Freire*

Le texte critique de Figueiredo est bref. Il commence par énoncer le sommaire de l'ouvrage de Freire, et, suivant les bonnes règles rhétoriques, il lui fait un éloge formel: mais l'éloge contient déjà le germe de la critique:

« Tout au long de ce livre, l'Auteur démontre une grande connaissance d'informations importantes: il a beaucoup appris des auteurs

(4) M.J. de Almeida Costa, *Pascoal José de Melo Freire*, in Joel Serrao (dir.) — *Dicionário de História de Portugal*, Lisbonne, Iniciativas Editorias, 1971, vol. III, p. 14.

(5) *Censura do P.e Antonio Per.a de Figueiredo ao Compendio de Historia do Direito Civil Portuguez,* Bibl. Munic. Porto, Manusc. 1061. E. 1.. Cet opuscule manuscrit date du 26 octobre 1786.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

étrangers et nationaux; et on ne peut pas lui refuser les louanges pour s'être procuré dans les archives de notaires et de particuliers, avec beaucoup de curiosité et de labeur, un très grand nombre de documents rares qui, en toute sorte [de matières] peuvent bien illustrer beaucoup notre Histoire » (6).

Mais, par la suite, l'érudition de Freire est mise en question:

« Ainsi, et si j'ai dans ces affaires quelque autorité, je dois dire qu'il manque encore beaucoup à ce livre, pour aboutir à cette perfection que les Statuts de l'Université très justement exigent des [simples?] manuels » (7).

Et l'auteur passe à une attaque impitoyable: le style est barbare, il se fait écho du mauvais latin des juristes (8), le texte est parfois obscur, et fastidieux. Puis, le ton serait peu critique. Et Pereira de Figueiredo développe son accusation des erreurs s'appuyant sur des fautes stylistiques: presque deux dizaines d'exemples.

Pourtant, pour nous, il est beaucoup plus important de comprendre ce que Pereira de Figueiredo considère comme l'absence d'esprit critique chez Melo Freire. Il s'agit surtout de la précipitation et légèreté dans le choix des sources, qu'il utiliserait sans critère, créant un mélange bâtard, pour redorer son érudition et pour prouver ses thèses. Ou même: ses thèses seraient quelquefois empruntées aux autres, sans passer par un jugement vraiment personnel.

En outre, il y aurait aussi des sources qui ne peuvent naturellement être considérées comme de vraies autorités. Par exemple, l'utilisation des ouvrages très modernes pour des problèmes très anciens.

Figueiredo critique, notamment, l'usage de cartes géographiques et autres doeuments modernes pour contextualiser des problèmes de « la plus ancienne antiquité » [« couzas da ultima antiguidade »] (sur la p. 51). Plus frappante encore est la critique de la page 97, car elle se révèle, pour nous, d'une double signification. Freire aurait accepté sans critique les Cortès de Lamego, et il l'aurait fait sur le témoignage d'un auteur moderne et français: « Neus-Ville » [Neusville?].

Le « francesisme » (« francesismo ») de Freire, dirigé contre l'originalité portugaise, vient immédiatement après, par une inévitable analogie.

---

(6) Texte portugais: « Por todo o livro mostra o Author hum grande cabedal de notícias importantes: muita lição de Escriptores Estrangeirres, e Nacionaes: nem se lhe pode negar o louvor de que com muita curiozidade e trabalho extrahido dos cartorios publicos, e particulares grande copia de monumentos raros que em todo o genero podem illustrar muito a nossa Historia ».

(7) Texte portugais: « Com tudo isso se eu tenho na materia algum voto, a inda a este Livro falta muito, para chegar àquella perfeiçao q. os Estatutos da Universidade, justamente requerem em [simples? — mot de difficile lecture] compendios »

(8) Il faut souligner que la critique est, évidemment, adressée au texte latin du manuel. La traduction portugaise ne date que de notre siècle.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figueiredo est critiqué en tant que responsable d'une Babel linguistique, non nécessaire, point convenable pour un livre écrit en Latin pour la nation portugaise. Et Figueiredo semble être surtout choqué par les transcriptions, en français, de travaux d'auteurs français modernes. On voit bien que ces accusations ne cachent pas un but innocent.

Et l'auteur retourne à la petite critique: pourquoi Freire n'a-t-il pas latinisé le nom de Fuas Roupinho et de Ruy Fernandes, pages 82 et 68?

Avant de commencer son appréciation historique, l'oratorien crée le suspense, attirant l'attention de la « Real Mesa [Censória] ». La question est grave ! Des erreurs historiques (ou des omissions graves) auront leur répercussion sur les générations futures, reproduisant en série la faute ou l'ignorance. On était pédagogique, en ces temps-la ...

L'érudit Figueiredo ne dissimule pas son savoir, que ce soit dans la détection des erreurs, que ce soit dans l'énoncé des omissions.

Les deux dernières critiques par omission peuvent être significatives:

1) Freire ne parle pas de l'électivité dans le royaume gothique. On pourra se demander si le professeur de droit l'a volontairement oublié pour ne pas troubler sa défense de la royauté despotique. Mais, s'il en est ainsi, c'est Figueiredo qui se laisse emporter par l'érudition — car, en effet, le fait ne l'aide pas non plus dans l'argumentation de sa théorie politique.

2) La dernière omission se rapporte à un fait de la culture juridique de l'époque: Freire n'explique pas ce qu'a été la Loi Mentale et il aurait dû l'avoir fait, car c'est « chose que beaucoup de grands ne savent encore ». Mais le texte est ambigu: les « grands » peuvent être soit les nobles, soit les plus agés, par rapport aux jeunes étudiants. En faveur de la première interprétation milite le contenu de la loi — des expropriations des seigneurs en faveur de la Couronne.

C'est dans ce très abondant matériel considéré erroné par Figueiredo qu'on peut entrevoir sa perspective juridico-politique. C'est à travers la méthode comparatiste avec la pensée de Mello Freire qu'on saisira celle de Figueiredo.

Celui-ci critique des détails: sur les Phéniciens, sur des chronologies préchrétiennes, sur la fondation de villes dans l'Espagne antique, sur des confusions entre peuples barbares, sur la généalogie de D. Henri, etc., etc.. La confusion entre St. Isidore de Seville et Idace (« Idacio ») est célèbre, ainsi que celle entre Alphonse XI et X des « Siete partidas ».

Figueiredo réserve pour la fin le meilleur de ses arguments. Il mettra en question les fondements de la théorie de la souveraineté nationale admise par Mello Freire.

En effet, le mythe fondateur de la nationalité, tel qu'il est exposé par le juriste, est très faible, même comme mythe et discours de légitimation. On peut y voir une erreur impardonnable.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Une analyse plus détaillée nous revèle ce qui suit:

Dans la page 89 de son ouvrage, Freire affirme la sujétion du Condat « Portucalense » aux rois de Léon. Dans le § 36, il date de la naissance d'Alphonse Henriques l'indépendance du territoire. En effet, le roi Alphonse VI de Léon, emporté par la joie de voir son petit-fils, aurait affranchi le comtat, lui accordant la souveraineté. Le seul problème est que le roi Alphonse serait mort en 1109, et que la naissance de notre premier roi est datée de 1110.

Soulignons que ce n'est pas seulement la confusion des dates, déjà grave, qui est mise en cause, c'est la naïveté du récit qui est critiquée. En outre, il y a des documents qui prouvent que la sujétion a continué après 1110, notamment *l'Historia Compostellana.* Et la polémique sur les documents et les titres de D. Alphonse Henriques continuera, avec d'autres arguments et textes.

Pereira de Figueiredo n'est pas seulement le critique attentif, l'érudit à la recherche du moindre glissement. Il pense aussi aux grandes questions, et il donne à Mello Freire une grande leçon d'historiographie et de probité intellectuelle. Un autre exemple est celui des Cortès de Lamego. Brandão, l'éditeur du texte, avait déjà confessé avoir hésité sur sa publication, car il n'avait pas vu l'original. C'est vrai que les espagnols n'ont jamais reconnu l'authenticité de ce texte, car bien sûr il devenait pour eux un argument adverse. Mais l'intérêt des espagnols n'est pas un motif pour croire, automatiquement, qu'ils n'ont pas raison, ou, au contraire, qu'ils ont raison. Donnons maintenant la parole à Figueiredo, qui, sur ce sujet, accuse Freire d'agir de mauvaise foi:

« Finalement, c'est supposer contre toutes les règles de la critique que pour qualifier un document d'authentique il suffit qu'il soit écrit à la main dans un bureau, ou imprimé dans un Livre. L'Auteur devrait parler tout de suite de cette très délicate matière, du moins avec la sincérité et la sagesse de ce chroniqueur- « mor », et ne pas défier avec [illisible] absolue les plumes de nos voisins, qui à présent, plus que jamais, sont attentifs à tout ce qui sort de nous » (9).

La critique continue, faisant l'application *in hoc tempore* du problème de l'existence des Cortès de Lamego. Le critique déclare que D. Marie I n'a pas besoin de ces Cortès-là pour être reine, car elle a droit au trône par succession, d'ailleurs selon une formule commune à presque toute l'Europe, et sans doute comme cela arrive en Espagne.

(9) Texte portugais: « He finalmente supôr contra todas as regras da critica, que para um documento se qualificar de authentico basta achar-se elle escripto de mão em algum cartrorio, ou impresso em algum Livro. Devia logo o Author fallar neste delicatissimo ponto ao menos com a sinceridade e tento com que fallou aquelle Chronista mor, e não dezafiar com [ilégible] absoluta as penas dos nossos vezinhos, que agora mais que nunca estão álerta vigiando o que sahe d'entre nos »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dans la dédicace, en effet, Mello Freire avait évoqué ces Cortès-là pour justifier les droits de D. Marie...

Quand Freire s'appuie sur les Cortès de Lamego, peut-on penser à une sorte de « complexe de souveraineté populaire » ? Serait-ce contre cela que Pereira de Figueiredo écrivait?

De toute façon, il a été très subtil. Après une critique finale sur le pédantisme de Freire (10), le censeur recommande à l'Académie des Sciences de communiquer à l'Auteur en question les critiques faites à son travail, pour une ultérieure correction, en vue de l'édition de son ouvrage.

3. *La réponse de Mello Freire.*

Mello Freire a répondu à cette censure (11). Le texte montre un certain mépris mélangé à l'estime formelle pour le tribunal qui jugeait son texte. Il utilise la formule: « Avant de répondre qui me viendra à l'esprit » (12), ce qui est, d'ailleurs, un signe que l'auteur ne s'efforcera pas trop pour construire sa défense, qu'il l'écrira un peu *currente calamo.* Donc, qu'il méprise la valeur des jugements reçus.

Mello Freire passe à une défense intelligente, érudite aussi, mais surtout raisonnée et raisonnable.

L'auteur considère qu'on l'a maltraité; que les critiques, aigües par leur forme, révèlent leur rigidité dogmatique: elles n'admettent aucune nuance — ni la souplesse d'un « peut-être » —, et elles n'excusent rien.

Ce contre-argument pour se défendre des omissions est simple — le texte se destine à être complété par la leçon orale. C'est un texte scolaire. Il ne peut point tout contenir.

Freire s'explique sur son but: doter d'une histoire la science de la législation nationale. Pour que

[.....] les Etudiants, pour ne pas être toute leur vie de simples ' Rabulistas ' [avocats verbeux sans contenu] s'instruisent avec l'Histoire des lois portugaises (13)

---

(10) Qui serait patent, par exemple quand il appelle Jean de Aregas, Jean des Règles (João das Regras), le célèbre jurisconsulte qui a plaidé pour Jean, maître d'Aviz, futur roi D. Jean I dans les Cortès de Coimbra. Cependant, il semble que les deux noms soient corrects: Aregas serait le lieu d'origine de Jean, sous la juridiction de l'èvèché de Lamego; Regras est un nom attribué aux juristes illustres dès, du moins, D. Alphonse II. Cf. Carlos Olavo, *João das Regras. Jurisconsulto e Homem de Estado*, Lisbonne, Guimarães, s/d [1941?], p. 17 et suiv.

(11) *Resposta de Pascoal José de Mello contra a censura do compendio Historia Juris Civilis Lusitani, feita par Antonio Pereira de Figueiredo, Deputado da extinta Real Meza Censoria* (ouvrage posthume), Na Impressão Regia, Lisbonne, 1809.

(12) Texte portugais: « antes de responder o que me lembrar ».

(13) Mello Freire, *Resposta* ..., cité, p. 4. Texte portugais: « [...] os Estudantes,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A une autre critique de Figueiredo (qui l'avait accusé de parler du chef lusitain Viriato après Sertorius, un romain devenu chef des lusitains, après celui-là), Freire répond d'une façon paradigmatique (14). Tout dépend du but désiré. Il n'a pas voulu donner la liste chronologique des capitaines lusitains, mais faire l'histoire de la législation. Or, Viriato n'avait rien légiféré. Sertorius, au contraire, avait même créé un sénat, instauré des magistrats, etc.. Il changea ainsi la constitution. Viriato ne mériterait même pas de référence, ne fut-ce l'occasion pour dire qu'après sa mort Brutus a triomphé.

On voit bien à quel point, à quel détail ont abouti critique... et défense (15). On ignorera toutes ces *guerres d'Alecrim et Mangerona* (16).

Les accusations de répétitions, de systématisation erronée, etc. sont disséquées au microscope, à la bonne manière de la polémique littéraire portugaise — fastidieusement, avec un petit peu de malveillance et des défenseurs toujours indignés. On en sort avec une sensation indéniable de stérilité.

Cependant, quelques options de Mello Freire, importantes dans son ouvrage, et révélatrices de son idéologie mythique, se décèlent dans sa réponse.

Il n'a pas voulu, tout compte fait, perturber la mentalité naïve des jeunes étudiants portugais avec la question de l'électivité des rois Wisigoths. C'était, d'ailleurs, selon lui, un problème de droit public et non pas d'histoire. Mais cette raison, bien qu'elle soit justifiée par

---

para não serem toda a sua vida méros Rabulistas, se preparassem com a Historia das Leis Portugezas ».

(14) Mello Freire, *Resposta...*, cité, p. 10.

(15) Quant à l'absence de la loi mentale, l'argument de Freire est méthodologique. Il avait apris quelque chose de l'argumentation du censeur: dans un ouvrage d'histoire on n'utilise pas des explications légales. Freire n'échappe pas à la tentation de subtilement souligner que des lois, c'est lui qui en est l'expert, et pas le thèologien Figueiredo. Il termine ainsi son argumentatoen sur la loi mentale: les intelligents [les experts] savent s'il était possible d'y mettre [dans l' *Histoire* ...] une telle explication » (p. 18). (Texte portugais: « os intelligentes sabem se podia caber nelle huma semelhante explicação »)..

Dans le jeu de la querelle, et même de la concordance formelle, Freire confesse l'erreur quant à Idace (Idacio), mais il l'attribue au copiste. Il aurait ecrit Hispalenses au lieu de Hispanienses (p. 25). De même il avone un *lapsus calami* du copiste dans le cas d'Alphonse X (pp. 35-36). Mais quant à Jean des Règles, Freire clame qu'il a raison. L'autorité serait Frei Luis de Sousa (p. 36), que le juriste suit.

(16) Titre d'une des plus célèbres pièces de théâtre comique portugais. Son auteur, Antonio José da Silva, « le Juif ». Son sujet est celui d'une grande succession de dépits amoureux de *lana caprina.* Il semble que ces « tempetes dans un verre deau (« tempestades num copo de àgua ») font partie (d'une certaine mythogie de l'idiosyncrasie nationale. Ce n'est pas par hasard que le plus célebre poèsie satirique portugais, *O Hissope* (« aspersoir » — basé sur le *Lutrin*, de Boileau) développe le meme thème. *De minimis curat praetor* Cf., notre « As contradiçoes do Jusracionalismo. Cruz e Silva: um jurista literato do século das Luzes » in notre *Pensar o Direito, I*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 53 et suiv.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'argument d'une identique absence dans les chroniques d'Espagne, n'est pas convaincante. En vérité, Freire n'avait pas trouvé le temps, dans la concision d'un manuel, d'expliquer les motifs (spéciaux) justificatifs d'une telle électivité. Serait-on devant une omission significative, où l'on néglige ce qui est inopportun? Il le semble bien.

Ici et là, les prémisses mythiques se greffent tacitement sur les disciplines en question, soit sur l'histoire, soit sur le droit.

Freire radicalise, par exemple le problème de l'indépendance nationale. Il affirme que « [...]aucun portugais ne doit avoir de doutes sur la souveraineté de D. Henri » (17). Ce qui, dit ainsi, sans plus, relève clairement du dogmatisme, voire d'un certain terrorisme idéologique, puisqu'il met en cause le patriotisme des sceptiques.

Puis, il argumente, *ab absurdum,* avec la possibilité de la tyrannie et l'usurpation de D. Henri et de son fils (18). Cette tyrannie niée, il prouve la souveraineté.

Les arguments d'autorité (les sources citées) sont clairement envisagés comme une question de foi.

Quant à la question chronologique, Freire ironise: on ne sera sûr que quand les attestations de baptême et de mort, ou d'autres documents authentiques trancheront les querelles.

Du même coup, l'évocation par Figueiredo d'une source espagnole. L'*Historia Compostellana* serait considérée comme une plaidoirie maladroite en faveur de la cause castillane — le ton monte dans la polémique.

Freire démontre son évidente supériorité juridique en faisant un trucage dialectique entre le langage technique et le langage courant. Pour Figueiredo, l' *Historia* citée serait un document « authentique », parce qu'il n'était pas forgé, apocryphe. Pour Freire, il ne l'est pas, parce que — juridiquement — seuls quelques documents administratifs, notariaux ou du même genre le sont (19). Freire considère que les trois religieux, auteurs de l'*Historia* en question, ont, sans doute, procédé *pro patria sua:*

« [...] et personne ne pourra appeller cette simple affirmation de ces trois chanoines castillans un document authentique, dans une question d'un si grand intérêt et si favorable à leur Nation » (20).

Le renversement de l'argument de Figueiredo est plus convainquant que le pur jeu des codes linguistiques. Si cette histoire de Galice affirme l'insoumission d'Alphonse Henriques et de sa mère Thérèse,

---

(17) « [...] que D.Henrique foi soberano, artigo de que nenhum portuguez deve duvidar. (p. 26).

(18) *Ibidem*.

(19) *Op. cit.,* p. 28.

(20) *Ibid.* Texte portugais. » [...]e ninguém poderá chamar a este simples dito, e asserção de tres conegos castelhanos monumento authentico em hum ponto tão interessante e favoravel á sua Nação »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alors c'est prouvé: même si les léonnais ne la voulaient pas, l'indépendance y était. Ce n'est pas n'on plus un argument décisif. Mais il annule la certitude du sens contraire.

Freire, libéré ainsi des détails, reprend des ailes, et, recueillant les fils séparés, remonte sa machine de guerre et éveille les phantasmes mythologiques: il semble que Pereira de Figueiredo veut diminuer le royaume, car toutes ses critiques mettent en cause sa souveraineté.

1) Le royaume serait dépendant de Castille, une fois que Figueiredo ne croit pas à la donation d'Alphonse VI.

2) Le royaume serait vassal de Rome (Freire le dit seulement lié spirituellement).

3) Les premières Cortès n'auraient pas eu lieu.

La pure démagogie s'empare du discours de Freire. Et pourtant, hier comme aujourd'hui, tout le monde croit à cette trinité magique de la fondation. Cela est, en quelque sorte, le « credo » de la patrie quant à ses débuts.

Défaire le mythe, serait ainsi une très grave option pour ce professeur de droit national:

« Et le professeur de Droit national [« Direito Pátrio »], qui a l'obligation d'apprendre à ses auditeurs le respect qu'on doit aux Lois, pourra-t-il, sans commettre un crime, leur dire qu'une chose, considérée par la Nation, par la société toute entière comme certaine et vraie, est fausse ou douteuse? » (21).

On ne peut point mettre en question les mythes. C'est la servilité, le sociologisme, l'obéissance à la force, le refus de l'esprit scientifique, de l'indépendance du professeur et de l'honnêteté intellectuelle du chercheur. Freire confesse ce qu on avait vu déjà: qu'il fait un récit fondateur pour plaire, pour convaincre, ou pour l'acculturation des débutants. Freire raconte un mythe.

Ainsi, dans la dédicace à la reine, Freire confirme qu'il est vrai qu'elle n'avait pas besoin des Cortès pour être reine. Mais, *quod abundat non nocet* (22).

Pour terminer, Freire considère que l'ouvrage a en effet quelques défauts. C'est un travail scolaire, fait par devoir de sa charge par un débutant, il y avait déjà plusieurs années. Freire avoue l'excès de citations, un sacrifice au goût de l'époque. En tout cas, l'auteur voulait honorer l'Académie avec sa publication dans un pays qui, d'après lui, avait si peu de livres.

---

(21) Texte portugais: « E o Professor de Direito Pátrio, que tem por obrigação ensinar aos seus ouvimtes o respeito, que se deve às Leis, poderá sem crime dizer lhes, que he falsa, ou duvidosa huma cousa, que a Nação, que a sociedade inteira, e as leis dão por certa e verdadeira.? »

(22) *Op. cit.,* p. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *L'approbation du texte de Freire, le recours de Figueiredo et l'intervention du Procureur de la Couronne*

Cette réponse de Mello Freire date du 22 novembre 1786. Le 3 du même mois, la censure avait été présentée. Pereira de Figueiredo avait composé son texte entre le 15 septembre et le 26 octobre. Le 27 novembre, la réponse de Freire lue, la commission lui a donné raison. C'est Figueiredo qui fera un recours ([23]), ce qui justifiera l'intervention d'un procureur de la couronne. Figueiredo considérait comme injurieuse la résolution de ses pairs. Des plus de vingt critiques, pas une seule n'avait été considérée juste. Il se sentait traité d'ignorant.

La réponse du Proeureur de la Couronne, le « Desembargador? » Manuel Francisco de Moura, est conventionelle, rhétorique, bureaucratique. Elle ne pourrait être que la confirmation d'une décision prise à une presque unanimité: elle fait l'éloge de Freire et n'accorde aucune valeur à la prétention de Figueiredo:

« Le manuel a de la méthode, de la philosophie, et la matière est exposée partout avec suffisamment de décence. Je ne vois que pour aucun de ces motifs on ne doive empêcher la publication de l'oeuvre » ([24]).

Bien que ses fonctions se restreignent à l'appréciation de la conformité de l'oeuvre aux lois et coutumes du royaume, Francisco de Moura prend la défense de Freire contre Figueiredo, et critique les arguments malveillants de celui-ci: il est vrai que Figueiredo sait beaucoup, mais il est amer, trop sévère:

« [...] j'y trouve une si amère censure, qu'il ne parait pas convenable à un Philosophe qui aime [le savoir], et qui semble seulement, ou plutôt ([25]), qui cherche seulement à découvrir la vérité » ([26]).

Figueiredo avait perdu, pour la deuxième fois.

Serait-ce encore une fois la mauvaise étoile de Freire, ou celle de Figueiredo, ou les deux? Les excuses de Moura sont les excuses habituelles: les erreurs, petites, naturelles, sont l' *errare humanum est;* les absences portent sur des matières qui débordent le sujet, etc.

Sur les Cortès de Lamego, Moura a conscience de la gravité du

---

([23]) Evoquant le règlement de la commission, titre 8. Avec l'utilisation de cet instument, la licence de publication du livre était suspendue. Ou faisait appel à Sa Majesté.

([24]) Manuscrit joint au pré-cité. (Texte portugais: « O compendio tem methodo, tem Philozofia, e a materia está anunciada por treda a parte com bastante decencia. Não vejo que por nenhum destes titullos se deva embargar a edição. »).

([25]) Le procureur s'est trompé. ll veut corriger « semble seulement » et écrire « cherche seulement ».

([26]) Texte portugais: « mas eu encontro nelles um azedume de censura, que não parece proprio de hum Philozofo que ama, e que parece sò digo e que procura sò descobrir a verdade ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problème. Mais il considère la position de Freire suffisamment nuaneée. Il ajoute d'autres sources étrangères (cette fois-ci non espagnoles) qui les acceptent, il cite Bossuet, à propos de la conservation des traditions des royaumes. Et voilà de nouveau le bouquet arrangé...

5. *Conclusion*

Il nous semble que le texte, malgré son fonds politique, est surtout explicitement critique du point de vu érudit et pédagogique. Des éléments précis d'ordre constitutionnel et politique nous manquent. Les références autour de la dédicace sont, à notre avis, relativement modérées, et elles pourraient n'être que des arguments plus rhétoriques qu'idéologiques.

Il est cependant évident que Freire avait rencontré, encore une fois, un adversaire capable de lui faire face.

Mais une question nous frappe: nous avons rencontré un élément nouveau d'ordre mythique et constitutionnel: la confession de Mello Freire sur la valeur qu'il attribuait aux croyances générales aux Cortès de Lamego, à la souveraineté d'Henri, et à la non vassalité face à Rome.

L'historien Freire n'hésite pas à sacrifier la vérité factuelle à une autre vérité, supérieure, constitutionnellement plus efficace, le mythe. Le mythe est mensonge, mais c'est une vérité plus profonde. Et Freire l'a vu.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

EDUARDO GRASSO

LE « STORIE » DI FRANCO CIPRIANI, LA CONOSCENZA SCIENTIFICA DEL PROCESSO E I METODI

1. Può accadere che uno studioso del diritto positivo nel mezzo della sua avventura scientifica, si ponga a ricostruire eventi coperti dalla polvere del tempo e ad evocare le immagini di coloro che hanno « fatto » la scienza che egli predilige, quella del processo civile. E scopra o ritenga di aver scoperto fatti e congiunture decisivi nella determinazione della vicenda culturale di quella scienza in Italia dall'inizio del secolo fin quasi ai nostri giorni. E scrive un libro (F. CIPRIANI, *Storia di processualisti e oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866)1936*, Milano, 1991).

C. precisa che il suo scopo precipuo non è quello di « ripercorrere l'evoluzione della scienza processuale italiana», quasi che la sua fosse soltanto una scelta d'interesse alla mera cronaca erudita. Se così è, il prodotto non corrisponde all'intento. È difficile negare all'opera la collocazione, a pieno diritto, nella storiografia di quella scienza, per altro mai adeguatamente coltivata, di cui viene ora a costituire un capitolo essenziale, per molti aspetti punto obbligato di partenza di nuove indagini e riflessioni che superano i limiti della ricerca storica.

Basterebbe, per formulare un tale giudizio, l'aver l'autore fatto prepotentemente riemergere la questione epistemologica del fenomeno processuale nella cultura giuridica italiana: una questione non ignorata ma da qualche tempo sopita, che C. storicizza per la prima volta in una realtà individuata al di fuori della tradizionale visione dello svolgimento degli studi sul processo in Italia nella prima metà del novecento.

Sotto questo profilo, che è poi quello della ricostruzione del percorso metodologico di quegli studi, la ricerca di C., presta un forte incentivo ad un'inedita analisi critica in ordine alla (misura e al modo della) partecipazione alla scelta culturale che ha distinto quel percorso, da parte dei massimi studiosi della materia, alle origini e nei successivi decenni: una analisi che l'accurata esibizione documentaria e le notazioni dell'a. consentono più di quanto fosse possibile in passato, e appare ormai indispensabile per discernere la razionalità e le motivazioni della scelta, delle adesioni e dei rari contrasti; nonché la stessa validità del metodo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Da qui l'opportunità di riprendere, a tre anni dalla sua pubblicazione, la lettura del libro la cui « novità » è stata prevalentemente riconosciuta (non senza dissensi), sul piano della mera conoscenza storica.

2. La tesi centrale del libro di C. è che nel primo decennio del XX° secolo le sorti dello studio del processo civile in Italia furono segnate dall'intervento di un'oligarchia universitaria che ebbe al vertice Vittorio Scialoja. Scialoja, cattedratico di diritto romano a Roma nel 1884, « ebbe nel mondo accademico un potere sterminato », che esercitò come « maestro » di una numerosa schiera di allievi che coltivarono discipline giuridiche diverse. Fra questi Giuseppe Chiovenda, laureatosi nel 1883 con una tesi *Sulla restituzione delle spese giudiziali in diritto romano* e avviato allo studio del processo civile, conseguì la libera docenza in procedura civile e ordinamento giudiziario presso l'Università di Modena nel 1900. Nella prospettiva storica di C., Chiovenda svolse una funzione strumentale essenziale nel disegno di Scialoja, mirato a contenere l'autorità di un altro « maestro », Ludovico Mortara, titolare dal 1898 della cattedra di procedura civile e ordinamento giudiziario di Napoli, che era già « entrato nell'Olimpo della scienza giuridica italiana », e con la pubblicazione dei cinque volumi del *Commentario del codice di procedura civile* (1890-1909) avrebbe raggiunto la fama di processualista massimo. Il conflitto tra Scialoja e Mortara avrebbe, nel giudizio di C., le sue radici nella aperta ostilità del secondo verso « i fanatici del germanico stile » ossia verso i seguaci della scuola storica tedesca del diritto e il sistema concepito da quella scuola, di cui Scialoja aveva imposto il culto ai suoi discepoli. Un conflitto che Scialoja avrebbe risolto a suo favore a livello accademico, fra l'altro impedendo a Mortara di trasferire la cattedra da Napoli alla più prestigiosa università italiana, quella di Roma, e ad un allievo di Mortara, Carlo Lessona, di occupare la cattedra di Napoli che Mortara lasciò nel 1902 optando per la magistratura « l'anno dopo aver raggiunto l'apice del successo con la paternità della riforma del processo civile italiano ». C., sciogliendo un interrogativo che è rimasto per lungo tempo tale, si impegna a dimostrare che Mortara, convinto che i « germanisti »» di Scialoja « erano incomparabilmente più potenti di lui », abbandonò l'insegnamento universitario per aver vista delusa la sua aspirazione alla cattedra romana « pur essendo il primo dei proceduristi italiani ». E attribuisce principalmente a quella decisione la definitiva caduta della scuola mortariana, non più sorretta dal prestigio accademico del maestro.

Chiovenda, con il costante aiuto di Scialoja, nel 1901 vince il concorso per la cattedra di procedura civile e ordinamento giudiziario di Parma, passa poi a quelle di Bologna (1902) e di Napoli (1905) e poco tempo dopo (1907) ottiene la cattedra di Roma. Progressivamente,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in stretta aderenza agli orientamenti scientifici d'oltralpe, intesse un ordito concettuale, poi definitivamente fissato nei *Principii di diritto processuale civile* pubblicati nel 1906 e compiutamente rielaborati nella edizione del 1923, che si impose alla scienza e alla didattica del diritto del processo, senza incontrare reali o temibili resistenze.

Lo storicismo a cui si informa la ricostruzione di C. tende a collocarsi all'interno di un discorso generale sulla compenetrazione dell'oggettivo procedere di una scienza con le vicende degli uomini che la impersonano, con i loro rapporti di forza e, in ultima analisi, con l'esercizio del potere. Un potere che non si sovrappone ai rapporti sociali ma è ad essi immanente e presuppone delle resistenze che costituiscono l'altro termine necessario alla sua manifestazione. Il quadro, a ben vedere, è quello disegnato da Michel Foucault sull'intimo intreccio fra orientamenti culturali e poteri sociali che si esercitano « nel gioco di relazioni disuguali e mobili » (1).

Era prevedibile che siffatta visuale suscitasse dissensi (2) che, a parte una diversa interpretazione data a singoli avvenimenti, hanno le loro radici in un'idea di fondo che la ricerca di C. mette in discussione. Si tratta dell'idea che la vicenda culturale vissuta dalla scienza del processo in Italia, alla quale Chiovenda avrebbe dato *da solo* impulso, altro non rappresenti che il necessario, fatale adeguamento ad un metodo, quello introdotto nello studio del diritto, nel secolo scorso, dalla scuola storico-sistematica tedesca, senza il quale la scuola dei giuristi italiani e in particolare lo studio del processo non avrebbe toccato il livello e il prestigio poi raggiunti. Non sarebbe dunque neanche pensabile, sul piano storico, la possibilità che la conoscenza scientifica del processo, nel nostro Paese, potesse tenere un corso diverso né sarebbe stato opportuno. Non potrebbe conseguentemente reggere l'ipotesi che l'epistemologia del fenomeno processuale sia stata in Italia quasi occasionalmente determinata da interventi estranei alla sua naturale dinamica.

L'assoluto determinismo e l'assioma valutativo racchiusi in quell'idea sono stati con qualche non trascurabile eccezione patrimonio comune dei processualisti italiani (e degli studiosi stranieri, e in particolare degli ibero-americani, sui quali i primi hanno esercitato un diretta influenza).

Codesta operazione storiografica alla quale C. oppone l'accidentalità dello sviluppo storico della nostra scienza processuale, muove da alcuni postulati. Il primo, e fondamentale, è che la scienza del diritto, ad

---

(1) M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, trad. di Pasquasi e Procacci, Milano, 1978, p. 81 ss.

(2) L. MONTESANO, *« Storie » recenti su Mortara e Chiovenda e sul « romanesimo » di Vittorio Scialoja « concretato » dai fascisti*, in *Foro italiano*, 1991, V, 598; *« Culto della personalità », « prodotti organici e « pappagalli lusingatori » di Chiovenda in un libro recente*, in *Rivista di diritto processuale*, 1992, p. 284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un certo momento del suo corso, ha adottato e progressivamente raffinato un metodo che le consentirebbe di scoprire principi equivalenti a verità metafisiche, sulle sulle quali ha poi costruito con rigorosa conseguenzialità le sue « teorie ». Il secondo, implicito nel primo, è che ogni nuova « scoperta » non può che segnare un reale progresso nella conoscenza del fenomeno giuridico. Un terzo postulato, che, a nostro avviso, ha avuto un valore determinante nell'orientamento della processualistica italiana, è che, fissati i principi (verità) validi per l'universo mondo del diritto (la teoria generale), è automatica la loro applicazione ad ogni ramo del sapere giuridico, anche se la sua specificità offra resistenze che obbligano a palesi forzature.

Su tutti i punti potrebbe sembrare scontato il richiamo alle non più recenti riflessioni di Ludovico Geymonat (3) sul carattere convenzionale di ogni principio scientifico e quindi sulla relatività del suo valore conoscitivo, si tratti pure della matematica o della logica formale. Ma il fatto è che per lungo tempo, nello studio del diritto, la scarsa tendenza critica verso il consolidarsi di assiomi (nel campo del processo lo scritto di Piero Calamandresi su *La relatività del concetto di azione* (4) è forse il solo esempio che possa addursi in contrario) ha finito per favorire una concezione astorica della verità scientifica, che ha avuto lunga vita. Che ciò si sia avverato in Italia, nell'elaborazione scientifica del fenomeno processuale, attraverso il trasferimento, talora pressoché automatico, di una metodologia concepita e raffinata nel diverso ambiente della cultura giuridica tedesca (dove, occorre ricordarlo, fu celebrato il primato degli schemi giusprivatistici imposti poi al diritto pubblico) è un dato storico. L'indagine di C. tende ad approssimarsi alla causa, ponendo (se non erro per la prima volta) il dubbio che la vicenda scientifica avrebbe potuto svolgersi altrimenti. Ed è naturale, come osserva Raymond Arona (5), che ogni storico per spiegare ciò che è stato, si domandi ciò che sarebbe potuto essere. È opportuno seguire l'a. da vicino, anzitutto nella « descrizione » di coloro che furono, direbbe Alain Touraine (6), gli « attori storici » della vicenda, i personaggi che interpretarono la contrapposizione fra due culture, una delle quali avrebbe avuto la meglio. Scialoja fu un romanista che aderì senza riserve e si fece in Italia « apostolo » del metodo storico-dommatico dei pandettisti tedeschi e del fondamento romano dell'epistemologia giuridica. Chiovenda cominciò a servirsi di quel metodo per lo studio del processo civile, dapprima per ossequio al maestro. « Sfruttando la pandettistica », « segnerà indubbiamente un grande passo avanti sul piano dogmatico

(3) L. Geymonat, *Scienza e realismo*, Milano, 1977, p. 66; e già *Il pensiero scientifico*, Milano, 1954, p. 118; *Filosofia e filosofia delle scienze*, Milano, 1960, p. 50.

(4) Pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale civile*, 19039, I, p. 22.

(5) R. Aron, *Introduction à la philosophie de l'histoire*, Paris 1952, p. 164.

(6) A. Touraine, *Critica della modernità*, trad. it. di F. Sircara, Milano, 1992, p. 84.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispetto alla precedente letteratura » ed erigerà « un sistema semplicemente mirabile ». Mortara « è all'evidenza un politico del diritto, un razionalizzatore dell'esistente, un uomo con una grande capacità di guardare il processo dall'alto, uno studioso che crede nel processo come strumento essenziale per realizzare, nei limiti del possibile, la giustizia su questa terra ».

La personalità dei due studiosi del processo e il diverso, anzi antitetico spirito animatore dei loro studi, tale da giustificare due « scuole » di distinto e, in realtà, opposto orientamento, da C. è felicemente disegnata. La traccia del disegno depone per la neutralità dello storico interessato solo a rilevare gli eventi che determinarono le sorti di quelle scuole. La sincera ammirazione di C. per l'opera di Chiovenda e per la sua capacità speculativa si combina con la constatazione che il genio chiovendiano non sarebbe stato sufficiente ad orientare decisamente per mezzo secolo gli studi sul processo nella linea dei dogmi, se Mortara, che aveva le sue carte da giocare, non avesse fatto il gran rifiuto optando per la magistratura e non avesse in sostanza rinunciato a porsi come ufficiale antagonista di Chiovenda nell'agone scientifico. Ma non solo questo. L'indagine di C. non esclude, a mio avviso, che Mortara, a parte qualche moto passionale, abbia ammesso che l'opera di Chiovenda avesse realmente « rinnovato » la dottrina processualistica, e che il suo metodo fosse « veramente scientifico » quale che sia l'ambiguità del tono e dell'intento della nota lettera « laudativa » da lui scritta per gli Studi in onore del maestro novarese nel venticinquesimo anno del suo insegnamento (1927). Nell'idea di rinnovamento è insito infatti il riconoscimento di una continuità razionale positiva. Il punto non è di poco interesse. Resta definitivamente confermato nel libro di C. che il passaggio da uno ad altro modo di fare scienza del processo, nel nostro Paese, fu relativamente rapido e sostanzialmente pacifico. Emerge la sicura consistenza di una scuola prechiovendiana che, a parte Mortara e il suo volontario « esilio » in magistratura, negli anni dieci aveva quale massimo esponente Carlo Lessona che, dice C., si presentava « come l'unico continuatore della procedura civile italiana, dichiaratamente contro i germanisti che vengono guardati con sufficienza e considerati alla stregua di oscuri traduttori di opere già di per se stesse oscure » (7). Ma è certo, d'altra parte, che fra la vecchia e la scuola nascente mancò lo scontro, quello, materiato da una disputa aperta e non marginale, che storicizzi il confrontarsi di due avverse correnti di pensiero e soprattutto dia modo di intenderne la reale portata. E l'indagine di C. riesce solo a mettere in evidenza espressioni di antagonismo fra i due studiosi, insufficienti a definire la sostanza del conflitto sul metodo e sulle idee.

---

(7) Su Lessona ancora F. CIPRIANI, *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei*, in *Rivista di diritto processuale*, 1991, p. 754.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non può infatti parlarsi di « fiere polemiche dottrinali e metodologiche » (8) se ridotte, come sembra, alla disputa occasionata da una nota di Chiovenda ad una sentenza della Corte d'Appello di Bologna del 1902, pubblicata sulla *Rivista di diritto commerciale* del 1903, relativa ad una questione di non largo respiro (i poteri del giudice d'appello nell'inibitoria dell'esecuzione provvisoria della sentenza) su cui C. si sofferma per desumerne un effetto quasi determinante dell'atteggiamento ostile di Scialoja (che sarebbe stato personalmente toccato nella critica al suo metodo) nei confronti di Mortara. Nella quale disputa la pesante reazione di Mortara alla proposta esegetica di Chiovenda (riportata nella *Giurisprudenza italiana* dello stesso anno) è certo indicativa della contrapposizione di due modi diversi di interpretare il diritto positivo, e se si vuole di due scuole, ma non può bastare a rendere conto della dimensione di un conflitto scientifico e del suo sostanziale fondamento.

Con ciò non si vuole dire che in Italia vi fossero in quel tempo le condizioni per il compiuto sviluppo di un'antitesi culturale come quella che sull'idea di diritto e di scienza giuridica aveva visto in Germania Hegel rivolgere una penetrante critica proprio a Savigny, alla scuola storica e al suo formalismo (9). Nè che fosse facile guardare e discernere dentro al travaglio culturale che passò la scienza del diritto fra l'uno e l'altro secolo, banalizzato come « passaggio dall'esegesi al sistema » (10). Si vuole solo registrare l'assenza fra i protagonisti della vicenda di una aperta difesa dialettica della propria scelta metodologica.

Ciò può spiegarsi con la difficoltà in cui si trovò Mortara nel cogliere esattamente i termini del problema epistemologico che poneva l'innesto nel nostro studio delle dottrine elaborate oltralpe (e peraltro da lui non perfettamente conosciute) con conseguenze allora inimmaginabili; e con la convinzione di Chiovenda della necessità di immettere la nostra scienza in quel corso la cui novità nell'ideologia imperante non poteva che costituire un progresso (11). Anche perché sembrava scontato che la rottura col passato non escludesse una continuità razionale in una valutazione globale dello sviluppo scientifico e delle teorie considerate non isolatamente ma come parti di un tutto. Può aggiungersi il fascino in quel tempo esercitato dall'attività speculativa nel senso

---

(8) B. CAVALLONE, *« Preferisco il cattivo processo attuale »*, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 1059, nota 25.

(9) V., più di recente, A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Bari, 1984.

(10) La notazione è di P. GROSSI, *« La scienza del diritto privato ». Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*, 1893-1896, Milano, 1988, p. 17.

(11) « Ogni indirizzo coi suoi difetti, colle sue inevitabili disarmonie ha il momento: ed oggi negli studi del processo prevale l'indirizzo sistematico »: CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1908, e in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 227.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

kantiano di conoscenza teoretica, riferita al concetto di un oggetto al di là dell'esperienza.

3. Più difficile è intendere la posizione di coloro che giudicarono gli eventi dei primi decenni del secolo con un notevole stacco temporale (ma alcuni avendoli in parte vissuti) e direttamente o indirettamente concorsero a consolidare il nuovo indirizzo. Questo tratto della ricerca di C., seppur limitato nel tempo, è fra i più sintomatici dello storicismo dell'a. e fra i più stimolanti, sicché induce ad allargarne il campo di osservazione per un controllo di « verità ».

Vivono nelle pagine del libro Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti, due studiosi che occupano ciascuno un intero capitolo della storia non soltanto italiana del processo. Entrambi, sia pure in misura e con animo diversi, dell'operazione realizzata da Chiovenda espressero un giudizio ufficiale tanto positivo quanto povero di una sufficiente analisi della sostanzia della « nuova scienza », del metodo che essa imponeva, della portata dei suoi effetti e anzitutto della reale consistenza delle sue radici.

E ciò, sul piano storico, anche per la autorità di chi espresse quel giudizio, è stato decisivo per mitizzare l'opera chiovendiana e sottrarla per lungo tempo all'osservazione critica; fatto oltretutto singolare se si nota che nè il metodo da Carnelutti adottato nella sua sterminata produzione nè le geniali intuizioni di Calamandrei possono accostarsi allo spirito che impronta l'opera di Chiovenda e il suo disegno.

Si aggiunga che in quel giudizio, di là dalla vaghezza e ripetività delle formule, non è dato rinvenire un serio raffronto fra l'indirizzo avviato da Chiovenda nello studio del processo e la visione di Mortara, che rendesse ragione della maggiore validità attribuita all'opera del primo e valesse, d'altra parte, a scoprire l'essenza del pensiero del secondo.

Nel 1924, Calamandrei (12) aveva osservato che il libro di Chiovenda (*i Principii*) « merita come nessun altro il nome di sistema nel senso più ampio e più serio della parola », aggiungendo che « siamo qui dinanzi ad un sistema di teorie generali che vanno al di sopra del nostro diritto positivo ». Non è dato intendere in qual senso Calamandrei usi il termine « sistema », se quale ordinato assestamento della fenomenologia giuridica in categorie concettuali nella quale prevalente è l'elemento formale, o come attività creativa di principi giuridici generali e fondamentali (nella quale rileva la componente sostanziale del diritto) che è la dogmatica (13). E quindi se Chiovenda sia da considerare un

(12) P. CALAMANDREI, *Giuseppe Chiovenda*, recensione ai Principii di diritto processuale civile, ed. 1923 in *Archivio giuridico*, vol. XCII, 1924, e poi in *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939, p. 217.

(13) Una recente rivisitazione delle nozioni di sistematica e di dogmatica in A.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistematico, attributo che mal qualificherebbe la sua opera, ovvero un dogmatico. Nel 1937, lo studioso fiorentino, costretto a comparare l'opera di Mortara con quella di Chiovenda (14) e quindi la vecchia con la nuova « scuola processualistica », proclama Mortara « più che l'ultimo seguace dell'esegesi » (che individua in Luigi Mattirolo) « il primo assertore del sistema » e conclude che la diversità fra i due studiosi « non consiste tanto nella diversità del metodo di studio, quanto nella diversa vastità dei problemi studiati ». Che la diversità fra due scuole e quindi fra due correnti di pensiero stia nella diversa vastità dei problemi studiati non sembra definizione degna di un giurista acuto quale fu Calamandrei e comunque non è idonea a cogliere il *proprium* di due distinti orientamenti quale che sia la scienza in discussione.

Al di là dell'approssimativa qualificazione dei metodi, il giudizio di Calamandrei si risolve in realtà nell'astensione da un raffronto, fra il vecchio e il nuovo della scienza processualistica italiana, che toccasse la rispettiva essenza metodologica, la quale peraltro comportava un'analisi non superficiale degli opposti procedimenti di induzione scientifica, che egli si limita ad enunciare mediante incerte etichette, sorvolando sui reali contenuti e sui risultati delle opere nelle quali l'uno e l'altro metodo si erano concretizzati.

Più tardi (15) Calamandrei finirà per avallare l'opinione, divenuta universale e destinata a perdurare (16), che in « tutti i processualisti contemporanei » era riconoscibile « l'orientamento sistematico che risale a Chiovenda »; rispetto al maestro senza distinzioni che potevano cogliersi solo all'« interno della grande scuola chiovendiana » nella quale rientrerebbero sia Carnelutti che Enrico Redenti. Singolare la menzione di Redenti, uno studioso che esibisce nella sua opera un metodo di indagine nello spirito e nella pratica antitetico alla linea metodologica chiovendiana (17).

Carnelutti, seguendo la sua vocazione classificatoria, tenta un disegno del *cursus* della scienza del processo in Italia nei primi quarant'anni del secolo (18). Premesso che il compito della scienza giuridica

---

FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 929.

(14) P. CALAMANDREI, *Ludovico Mortara*, in *Rivista di diritto civile*, 1937, e in *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939, p. 213.

(15) P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia negli ultimi trenta anni*, in *Studi sul processo civile*, V, 1947, p. 302.

(16) E.T. LIEBMAN, *Storiografia giuridica « manipolata »* in *Rivista di diritto processuale civile*, 1974, p. 100.

(17) V.E. GRASSO, *Metodo giuridico e scienza del processo nel pensiero di Enrico Redenti* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1985*, p. 95. Sul « metodo » di Redenti, v. anche F. CARPI, *Enrico Redenti: dal « Massimario » al « Diritto processuale civile »* nella stessa *Rivista*, 1994, p. 387.

(18) F. CARNELUTTI, *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in *Foro italiano*, 1939, IV, p. 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consiste « nel purificare e nell'ordinare i concetti al fine di scoprire le regole dell'esperienza le quali non sono poi altro se non nei vari campi, le leggi della natura » (e qui l'ecclettismo carneluttiano attinge il giusnaturalismo), Carnelutti individua un periodo « esegetico » (quello dei *Commentari* di Borsari, di Ricci, di Gargiulo e di Cuzzeri), e un periodo « sistematico » distinto in due fasi: la prima, segnata da un tentativo di sistemazione generale della materia con la costruzione di « alcune teorie particolari », quella di Carlo Lessona sulle prove e di Mortara sulla giurisdizione; la seconda, che attinge la « teoria generale » per merito di Chiovenda, il quale utilizza il metodo che in Germania « ha prodotto un rilevantissimo progresso sulla via del raffinamento e della sistemazione dei concetti », e pone « noi italiani per la prima volta davanti ai grandi problemi della scienza del processo: l'autonomia dell'azione, il valore della cosa giudicata, la natura della sentenza, la concezione del processo come rapporto tra soggetti », fenomeni prima di lui « né precisamente posti né soprattutto reciprocamente collegati ». A parte la disinvoltura con la quale Carnelutti liquida come teoria « particolare »la teoria della giurisdizione di Mortara che costituisce un preciso orientamento epistemologico dell'intero fenomeno processuale, e la consueta riduzione della dogmatica chiovendiana a sistematica (che stupisce da parte di chi operò per la sistematica, come creatore instancabile di categorie formali), il giudizio di Carnelutti è privo di qualsiasi analisi critica delle « scoperte » concettuali chiovendiane e della sostanza del suo metodo raffrontata con la « scienza » dei prechiovendiani. Solo più tardi egli (19) muterà radicalmente (ma i mutamenti erano connaturati al suo temperamento di studioso) il suo giudizio sul dislivello scientifico di Mortara rispetto a Chiovenda. Riconoscerà il « colpo d'ala » dello studioso mantovano nel concepire l'« unità della giurisdizione e la fertilità del suo insegnamento, « sicché il tono della più recente scuola italiana come dell'ordinamento vigente civile in Italia non può essere storicamente spiegato con la sola derivazione chiovendiana; questa opinione troppo semplice, pur largamente diffusa fra i giuristi meno colti, non corrisponde alla realtà ». E lascerà a Chiovenda il merito di aver aperto « col suo lavoro metodico e inspirato », la via, nel campo del processo, ad un « impetuoso fiotto di idee » la cui piena « non ha potuto travolgere il monolite solitario eretto da Ludovico Mortara ».

Carnelutti ha ora ben chiaro che il metodo di Chiovenda è « dogmatico » e che in Italia « la dogmatica è degenerata talora in dogmatismo » contro la nostra tradizione culturale improntata da Mortara « allo schietto realismo » che il « maestro mantovano » difende « contro lo scambio del concetto col fenomeno ». La differenza fra i due modi di

(19) F. Carnelutti, *Scuola italiana del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1947, p. 240.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

procedere nell'operazione conoscitiva del processo, e se si vuole fra due scuole, la « dogmatica » e la « realista » è qui posta nettamente, ma sia il dogmatismo dell'una che il realismo dell'altra, in quel discorso, restano semplici enunciazioni o etichette.

4. La scoperta di una epistemologia del processo, quella mortariana, non tecnicamente arretrata rispetto a quella di Chiovenda ma semplicemente contrapposta a quest'ultima e suscettibile di un proprio, autonomo svolgimento, appartiene dunque a Carnelutti e non, come comunemente si ritiene, a Salvatore Satta in occasione della commemorazione di Mortara da lui tenuta nella sala del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma il 16 dicembre 1967 (20). Ma sul pensiero di Satta, di cui Cipriani si limita, come vedremo, a riferire l'icastica valutazione della figura di Chiovenda come scienziato del processo, in una ricostruzione degli atteggiamenti tenuti dai massimi studiosi del fenomeno processuale di fronte al problema metodologico posto dal raffronto delle due « scuole », è opportuno qualche cenno ulteriore.

Il giudizio che Satta volle dare delle posizioni di Mortara e di Chiovenda non segna un progresso nella individuazione dell'essenza delle rispettive tendenze e delle loro basi scientifiche. Nel criticare le (allora ma anche dopo) correnti classificazioni della scienza processualistica, nella sua storia a cavallo dei due secoli, e la qualifica di esegetica e di « assolutamente prescientifica » data alla « scuola che precede Mortara », egli avverte che non « possono trasferirsi in passato valori di oggi », che è come dire che lo storico non può e non deve giudicare il passato con il sapere del presente. Ma poi non sembra rispettare quel canone e ripercorre lo sviluppo del pensiero dei due studiosi interpretandolo con lo scopo di provare che la sua visione panprocessualistica dell'universo mondo del diritto può ritrovarsi già adombrata nell'opera di Mortara e, nonostante le apparenze, non è in contrasto con le costruzioni di Chiovenda. Basterebbe questo proposito, peraltro scoperto, che sottende il suo giudizio sui due « patres », per limitarne l'effettiva valenza interpretativa. Secondo Satta, Mortara « per istinto o meglio per la vocazione della sua vita » avrebbe inteso « che nel processo si ha il divenire dell'ordinamento », come dovrebbe trarsi dalla « formula meravigliosa » contenuta nel Commentario: « se la legge è la statica del diritto, la giurisprudenza ne è la dinamica ». Quanto alla mortariana concezione pubblicistica del processo, Satta osserva essere vero che Mortara concentrò l'attenzione sul giudice ma « non come autorità, ma come responsabilità, che è cosa profondamente diversa, per non dire opposta, e rende del tutto tecnica la pretesa qualificazione del processo come istituto di diritto pubblico ». E il libro di Mortara su

(20) S. SATTA, *Attualità di Ludovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 459.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo Stato moderno e la Giustizia ne darebbe la prova, « perché in definitiva il suo tema è quello della formazione del giudice per l'avvento della giustizia ».

La forzatura, anche nella lettura del libro citato, è abile ma evidente. Riferendo di quel libro (21), Cipriani offre una acuta, felice comparazione fra la concezione mortariana dell'amministrazione della giustizia e la corrispondente visione del più anziano Luigi Mattirolo, due modi diversi anzi antitetici di concepire la posizione dello Stato: da una parte (Mattirolo) uno Stato che « riconosce » il diritto dei privati ad ottenere giustizia, dall'altro (Mortara) il processo, come strumento col quale « lo Stato persegue un *proprio scopo* quello di amministrare giustizia ». Poiché questa è sicuramente l'idea mortariana, non si vede come possa attribuirsi natura solo « teoricamente » pubblicistica allo strumento di cui lo Stato si serve per l'esercizio di una sua funzione fondamentale, e come possa ridursi l'esercizio del potere del giudice ad una mera questione di responsabilità.

Nei confronti delle costruzioni di Chiovenda la riduzione tentata da Satta incontrava difficoltà anche maggiori. Rilevato lo « spirito originario » del processualista che « ha fondato una scienza come si fondano città ed imperi in una luce di religione o di mito », Satta, ridotta l'enfasi, dice che il segno differenziatore della nuova scuola rispetto alla vecchia è che la prima « o meglio Chiovenda » ha creato un sistema. Aggiunge che è difficile dire « che cosa sia un sistema » ma è probabile che si tratti di un *novum* rispetto alla descrizione della realtà, che il sistema « entro certi limiti » crea (22). Anche per Satta la differenza fra sistematica e dogmatica non è chiarissima.

Per stabilire poi quali siano le « direttive » del « sistema » chiovendiano, Satta si limita a richiamare le indicazioni dello stesso maestro: la « teoria dell'azione » e la « teoria del rapporto processuale » (23). Il suo discorso, non sempre lucidissimo, è volto a dimostrare che quale che sia la validità delle due teorie (in passato dallo stesso Satta decisamente confutate nella proluzione patavina del 1936 (24)) dato che « se c'è qualcosa che il tempo logora ... sono i concetti », il messaggio di Chiovenda consisterebbe nell'affermazione del processo come « valore universale », patrimonio dell'uomo che ne è il soggetto e che con l'azione vuole il suo fine particolare, ma vuole nello stesso tempo la legge « con la quale, soltanto, egli vive col suo diritto », una legge « che

---

(21) *Lo stato moderno e la Giustizia* di L. Mortara, pubblicato nel 1885, è stato ripubblicato a Napoli nel 1992, con prefazione di Alessandro Pizzorusso.

(22) S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, e poi in *Soliloqui* cit., p. 107.

(23) S. SATTA, *Giuseppe Chiovenda nel 25° anniversario della morte*. Commemorazione tenuta nell'Università di Roma il 6 dicembre 1962, in *Soliloqui* cit., p. 443 ss.

(24) S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Soliloqui*, cit., p. 177 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in questa concezione è volontà concreta e quindi indissolubile dal soggetto ».

In tal modo il Satta degli anni sessanta tenta di risolvere l'ambiguità del dualismo (privato-pubblico), che è nella concezione chiovendiana, in quella sorta di animismo che egli ravvisa nell'ordinamento giuridico, e sfuma le teorie di Chiovenda, che considera inattendibili se apprese come principi irreversibili, in mere immagini.

Con Satta si chiude il tentativo di interpretare un momento cruciale dello svolgimento storico della nostra scienza processuale dal di dentro, con riguardo alla sostanza e ai valori propri dei singoli orientamenti apparsi. E si chiude con un esito negativo. Né poteva essere altrimenti se si considera la personalità dello studioso. È vero che, come ha cura di rilevare Cipriani, ponendo il rilievo quasi a conclusione della sua fatica, Satta è stato il primo (o il solo) a considerare Chiovenda « un professore di procedura civile uno dei molti studiosi che illustrarono la cattedra italiana ». Ma a tale conclusione Satta perviene non attraverso un ridimensionamento critico del valore metodologico delle costruzioni chiovendiane, alle quali si contrapponga altra visione rivelatrice di un diverso metodo, ma semplicemente perché egli non crede che lo studio del processo tolleri metodologia alcuna (25). E perciò rivolgerà le sue meditazioni al giudizio e cioè ad un'entità che, diversamente da quanto egli s'impegna a dimostrare, resta esterna al processo (26).

5. Per la verità, il raffronto fra Mortara e Chiovenda torna in altri scrittori, quasi come punto obbligato, ma è di nessun rilievo quanto al discorso sul metodo, sia pure per ragioni diverse. Enrico Allorio, uno studioso che è stato in primo piano nella scienza italiana del processo per oltre trent'anni, in una veloce messa a confronto dei due processualisti (27), scopre in Mortara « una esperienza più scaltrita, più fresca che non quella di Chiovenda ». Egli constata che non può assegnarsi a Chiovenda « la funzione di antesignano che si nega a Mortara » solo perché il primo ha fatto conoscere in Italia la letteratura processuale tedesca, e che in definitiva « non abbiamo ragione di considerare l'impegno di Mortara inferiore a quello di Chiovenda », né di « ritenere che le opinioni di Chiovenda siano più esatte » di quelle di Mortara. Ciò che caratterizza l'opera di Chiovenda « è lo studio dei legami fra il

---

(25) Richiamo la celebre Prefazione al *Commentario al codice di procedura civile, libro primo*, Milano, 1959.

(26) S. SATTA, *Il mistero del processo*, conferenza tenuta a Catania il 4 aprile 1949, in *Soliloqui*, cit., p. 3. Secondo G. TESORIERE, *Appunti per una storia del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 1611 ss., Satta avrebbe invece realizzato un suo « sistema » che offre un'interpretazione di tutta la realtà del diritto in chiave antidogmatica.

(27) E. ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in *Ius*, 1950, e poi in *Problemi di diritto*, Volume terzo, Milano, 1957, p. 191.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

processo e il diritto sostanziale ». Quest'ultimo giudizio, l'unico che riguardi il merito del raffronto e di certo non meditato (basti pensare all'assoluta autonomia concettuale del rapporto giuridico processuale, elemento essenziale dell'architettura chiovendiana e alla sua indifferenza rispetto ai fatti e al diritto sostanziale dedotto in causa), non tocca le differenze di metodo che passano fra i due studiosi e può solo meravigliare che nella visuale speculativa di Allorio non sia riconosciuta una decisiva prevalenza scientifica al « sistematico » Chiovenda.

Allorio infatti non ha dubbi sul fatto che il metodo scientifico nello studio del diritto sia quello sistematico, quale « schema di ordinamento, gerarchia espositiva, classificazione di fenomeni », in altre parole « un'adeguazione razionale di tutta la materia normativa ». E ammette soltanto come sussidiario l'uso del metodo teleologico (28). Precisa che con il metodo sistematico l'interprete muove dal presupposto che nella norma vi sia « *una razionalità risposta*, non saputa esprimere nel testo della norma, ma non per questo meno intimamente operante ». Anche Allorio dunque sembra soggiacere alla confusione concettuale fra sistematica, quale creazione e ordinamento delle categorie, e dogmatica, come ricerca dei principi radicali.

Da un diverso angolo visuale si pone Giovanni Tarello con lo scritto su *Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale* (29) di cui Cipriani non manca di tener conto, che vuole essere ed è un saggio di storia di politica del diritto (processuale) e come tale di scarso impegno per il discorso metodologico. Tarello è teso a dimostrare che l'opera di Chiovenda, se seguita nel suo intero svolgimento, « esemplifica assai bene in un settore dell'organizzazione giuspolitica, la continuità culturale, istituzionale e delle persone tra il periodo giolittiano e quello fascista », segnata dal « ribaltamento dei presupposti e dei principi organizzativi dello stato liberale nella direzione di un'organizzazione statale autoritaria ». La tesi, per quanto svolta con un'analisi non superficiale dell'intera opera di Chiovenda, resta un assioma come l'affermazione che il processo chiovendiano, con l'esaltazione dell'oralità e della concentrazione e con l'incremento dei poteri del giudice, non « servirebbe ad adeguare il diritto ai bisogni sociali, ma per realizzare l'interesse dello Stato al diritto secondo le esigenze del sistema », e l'idea che nell'introdurre il concetto di azione, quale « elemento organizzativo distinto dal diritto soggettivo », attinto dalla nozione introdotta in Germania dal liberale Wach ma « rovesciata » in senso autoritario, Chiovenda « minava alle basi » la cultura (e l'organizzazione) giuridica liberale, essendo il regime dell'azione una concessione (al

(28) E. ALLORIO, *Scienza giuridica europea*, in *Ius*, 1952, e poi in *Problemi di diritto*, cit., p. 55.

(29) Pubblicato in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di Giovanni Tarello, Bologna, 1973, p. 681.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cittadino) eccezionale, su cui lo Stato mantiene tutta l'autorità perché ha all'attuazione del diritto (la finalità assegnata da Chiovenda al processo) tutto (e il solo) interesse. Da ciò poi la presenza di un « imperialismo processuale » che dominerebbe l'intera scena del diritto. La ricerca del segno « politico », negli orientamenti della scienza processualistica italiana nei primi decenni del secolo (condotta nello stesso saggio anche nei confronti del *Sistema* di Carnelutti, anch'esso accusato di servire una « concezione autoritaria del processo civile »), distoglie Tarello dallo scendere ad una valutazione dell'intrinseco di quegli orientamenti.

Il raffronto fra Mortara e Chiovenda c'è ancora ma in chiave di tendenza politica (liberale e realistica la prima, autoritaria e moralistica la seconda). Per il resto di Mortara si accetta la consueta incontrollata qualifica di « ultimo degli esegeti quale fu e volle essere », e di Chiovenda si registrano le « fumosità » straniere da lui introdotte nella letteratura processualistica italiana, la costrizione degli studenti, di fronte ad un codice di procedura civile, « semplice » quale quello di allora, « alla ginnastica mentale di tutte le possibili tedescherie concettuali », e l'impegno a preparare un nuovo codice con una « fitta maglia di formule legislative concettualistiche » che avrebbero reso difficile la vita all'interprete. Un giudizio quanto al metodo « imposto » da Chiovenda, nello studio del processo, assai duro, ma non propriamente scientifico.

6. Che la conoscenza scientifica del processo e la relativa metodologia, né nel periodo che occupano le vicende riportate nel libro di Cipriani né nei decenni che seguirono, sia stata in Italia posta come *questione* è in definitiva il fatto che la ricerca dell'autore pone alla nostra riflessione. Ma occorre intendersi. Non è che l'impianto teoretico di Chiovenda, considerato per lungo tempo come irripetibile per l'epistemologia del fenomeno processuale, non sia stato sottoposto nelle sue principali direttive, anche indirettamente, a notevoli revisioni e talora — seppur di recente — ad una diretta analisi critica (30).

Ciò che è mancato quasi del tutto è un discorso (involgente la generalità degli studiosi) sull'attualità e l'adeguatezza del metodo che ha dominato e in parte condiziona tuttora lo studio del processo e per conseguenza l'insegnamento, aspetto quest'ultimo raramente oggetto di attenzione. Ma quale metodo? Sembra scontato che si tratti del metodo « sistematico-dogmatico » dove l'endiadi tradisce la confusione concettuale della quale si è già fatto cenno e che occorre rimuovere per la chiarezza delle idee. La sistematica in una limitata ma essenziale accezione è l'esito di un'operazione volta a fini ordinatori-classificatori della

(30) V. M. Taruffo, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 1133 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realtà, creativa di concetti meramente categoriali. Essa ha carattere empirico induttivo poiché muove dalla ricognizione di singole fattispecie normative, della loro struttura e funzione, e tende alla costruzione di un modello unico che di tutte riporti gli elementi essenziali comuni.

La funzione descrittiva e didattica di un tale procedimento è remota come la sua utilità pratica anche se non può escludersi la presenza di qualche ipotesi non riconducibile allo schema (l'eccezione). Ridotto entro questi limiti, il metodo sistematico, che nello studio del processo ha dato sempre i suoi frutti (si pensi alla costruzione del modello dell'atto processuale), non può essere messo in discussione, purché si tenga conto della specificità del processo se non addirittura della *species* processo civile e non si immettano nell'operazione materiali tratti da altri campi del diritto (come capitò a Carnelutti nel disegnare il suo *Sistema* sulla falsa riga degli schemi negoziali). Ma, per quanto attiene al discorso sulle radici dello studio scientifico del processo nella prima metà del secolo, va subito detto che l'influenza dell'opera di Chiovenda nella realizzazione sistematica, nel senso testé accennato, non è stata rilevante. Come è stato già notato da Taruffo (31) le entità concettuali di Chiovenda non conseguono da un procedimento induttivo. Egli afferma di essere stato « allettato » dalla costruzione di un « sistema » (32) ma è evidente che usa il termine nell'accezione più ampia usuale nell'indirizzo storico-dogmatico della dottrina germanica, che egli puntualmente richiama, e anche dopo. È noto che sistematico, per quella corrente di pensiero, è il metodo di indagine attraverso il quale si ricercano i criteri e principi unitari e unificanti dell'ordinamento giuridico o di parti di esso. In via (meramente) programmatica quei principi dovrebbero rinvenirsi in via induttiva attraverso lo studio delle norme positive che li « celano »: una scoperta di entità sicuramente esistenti anche se talora occulte, in una posizione tipicamente giusnaturalistica. Di fatto è assai difficile distinguere in quell'operazione intellettiva l'induzione dalla deduzione (33) e quindi i principi tratti dalla realtà normativa, sia pure liberamente e soggettivamente interpretata, dai principi formulati in astratto, privi di qualsiasi riferimento positivo, necessariamente assoluti, destinati a calarsi nel diritto vigente fino ad essere considerati diritto vigente essi stessi. Così intesa la sistematica, la sua distinzione dalla dogmatica è puramente terminologica.

Chiovenda, pur dichiarando di operare « per via d'induzione » (34) usa il metodo sistematico-dogmatico deduttivo sia quando traspone nel

---

(31) *Op. cit.*, p. 1152 s.

(32) G. Chiovenda, *Prefazione alla seconda e alla terza edizione dei Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. IX.

(33) V. E. Paresce, *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, 700.

(34) G. Chiovenda, *Del sistema*, cit., p. 234.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto italiano, con dichiarate manipolazioni, gli schemi generali dell'azione e del rapporto giuridico processuale, tracciati dalla scuola processualistica tedesca, sia quando concepisce *figurae iuris* particolari quali la sostituzione processuale, il litisconsorzio necessario o la competenza funzionale raggruppando fattispecie disomogenee con lo scopo di creare ipotesi di modelli da calare nel concreto del corpo normativo (35). L'eredità chiovendiana è consistita sia nell'accettazione (anche se non sempre incondizionata) dei prodotti di quel metodo, sia nell'accettazione del metodo stesso e della sua perenne validità. Sotto il primo profilo, se nessuno pensa di identificare l'azione con un diritto potestativo rivolto verso l'avversario, secondo la nota indicazione chiovendiana (36), il diffuso consenso sulla ammissibilità di un'azione generale di accertamento (37) che non ha nel nostro diritto positivo alcun riscontro (neanche dopo la formulazione dell'art. 24 Cost. che condiziona l'azione all'esistenza di preesistenti situazioni sostanziali specificamente determinate nella loro struttura e tutelate in quanto tali secondo una *programmata* (dal legislatore) *selezione del bisogno di tutela*), è un significativo esempio del persistente vigore della metodologia dogmatica deduttiva.

Sul piano metodologico generale poi è difficile negare che l'elaborazione scientifica del processo (sia nelle trattazioni generali che negli studi monografici) sia stata fino ad oggi in massima parte informata al criterio della ricerca di principi e di modelli costruiti sui medesimi; d'altra parte, quando il processualista se ne discosta è difficile percepire quale sia il metodo di cui egli intende servirsi, rivelando il vuoto di percorsi metodologici alternativi. L'impegno dello studioso di « non qualificare il fenomeno giuridico che interessa, prima e al di fuori di un contatto con la realtà normativa seguendo la concettualizzazione elaborata da una teoria » (38) non elimina il pericolo che la ricerca sia spesso condotta sotto l'impulso di un'« intuizione » (dogmatica) che poi finisce per condizionarla. L'apriorismo dell'intuizione si rivela non meno quando l'indagine, condotta in via sperimentale, approda alla scoperta non di un principio dogmatico ma soltanto di una « direttiva

---

(35) È di V. Denti, *Sistematica e post-sistematica nella evoluzione del processo*, in *La sistematica giuridica. Storia, Teorie e problemi attuali*, Roma, 1991, p. 85, l'osservazione che « la costruzione di Chiovenda appare, piuttosto che un sistema, una teoria generale, mirante alla elaborazione di concetti dotati di validità trascendente ». Per l'inclinazione di Chiovenda verso il Professorenrecht, v. E. Fazzalari, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, in *Rivista di diritto processuale,* 1988, p. 292.

(36) G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, cit., p. 3 ss.

(37) G. Chiovenda, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1933, I, p. 5 ss.; *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 23, 43.

(38) A. Cerino Canova, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di orientamento per il giudice », di « una misura di razionalità delle sue iniziative discrezionali » (39) ossia di un « principio problematico » (40). Conclusioni queste che postulano oggi una verifica dei limiti di valore dell'attività scientifica volta alla costruzione concettuale del diritto processuale.

7. Il problema si pone in termini generali. È intrinseca al metodo sistematico-dogmatico una concezione particolare del fenomeno giuridico, ridotto ad unità, sulla base di pochi, fermissimi principi tra loro razionalmente coordinati. Una visione chiusa e statica del diritto che da qualche decennio stenta a mantenere consensi. Contro l'attacco spesso violento dell'antidogmatismo la salvezza di quel metodo e il superamento della sua « crisi » sono stati ravvisati, nell'ambito del diritto civile, in una « nuova dogmatica che riproponga i concetti e le categorie generali del diritto con totale aderenza ai valori giuridici del nostro tempo » (41). Il radicale mutamento dell'indirizzo epistemologico, insito in questa proposta « dinamica » del metodo dogmatico, velata dalla terminologia tradizionale, non può non essere avvertito. Anche ad ammettere che non sia contraddittorio concepire una dogmatica e quindi un sistema « aperto » (42), è certo che il problema metodologico vede in tal modo sovvertiti i suoi termini tradizionali ed esige un radicale ripensamento.

Quanto alla scienza del processo, Vittorio Denti (43) ne ha tracciato un disegno evolutivo, secondo il quale essa sarebbe entrata nella fase

---

(39) P.L. Comoglio, *Il principio di economica processuale*, I, Padova, 1980, p. 60, II, Padova, 1982, p. 3598, la cui ricerca è particolarmente significativa, nell'applicazione della metodologia sistematica, come dimostrano i precedenti d'impostazione teorico-deduttiva, presenti nella dottrina germanica, richiamati dall'autore.

(40) Per questa categoria di principi che fornirebbero « premesse verosimili », v. L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica* in *I principi generali del diritto* (*Atti dell'Accademia dei Lincei sul tema*), Roma 1992, p. 321.

(41) A. Falzea, *op. cit.*, p. 969. È palese peraltro il richiamo alla dogmatica come intesa da N. Luhmann (*Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. di A. Febbrayo, Bologna, 1974, p. 43 ss.) quale « concezione di una complessità che come unità diventa rappresentabile solo riferendo il sistema giuridico al suo ambiente sociale ».

(42) In questo senso, B. Paradisi, *Qualche riflessione preliminare sul « sistema » giuridico*, in *La sistematica giuridica*, cit., p. 7 ss. Per il processo, l'idea del sistema (frazionario) aperto, che assimila progressivamente nuovi valori che comportano una costante verifica della sua coerenza, è accolto da E. Fazzalari, *Sistema e processo*, in *La sistematica giuridica*, cit., p. 216. In passato, al processo come sistema aperto « sino ad accogliere tutta l'esperienza » pensò anche Giuseppe Capograssi, « posizione paradossale e piena di pericoli perché sempre oscillante tra l'unità del processo e l'unità della totale esperienza »: *Intorno al processo* (*ricordando Giuseppe Chiovenda*), in *Rivista italiana di filosofia del diritto*, 1938, e poi in *Opere*, Milano, 1959, p. 161.

(43) V. Denti, *Sistematica e post-sistematica* cit., pag. 16; dello stesso a. v. anche *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, in *Rivista di diritto processuale,* 1981, p. 217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

post-sistematica caratterizzata dalla elaborazione dei principi costituzionali del processo e dalle ricerche di ispirazione sociologica oltre che dalla componente della comparazione. Ora, sembra probabile che l'attenzione ai principi costituzionali come punti fermi di riferimento (44), sul piano metodologico, non attenua anzi può esasperare, come talora è avvenuto nell'applicazione dell'art. 24 Cost., la vecchia impostazione dogmatica di carattere deduttivo. D'altra parte, la prospettiva sociologica che Denti riduce alla concezione « funzionale » del processo, nella quale emergono i problemi « del condizionamento che il processo esercita sulla società » e più precisamente degli effetti delle modalità della tutela giurisdizionale sui rapporti sociali, se pur in sé scientificamente legittima, non vale a fissare il fenomeno processuale sul piano ontologico (ontico, correggerebbe Heidegger), e in altri termini a individuarlo *così com'è*. Ciò, come è stato già notato, è possibile soltanto mediante l'analisi del processo dal punto di vista della sua organizzazione (45).

Occorre però avvertire che una siffatta analisi può essere sempre compromessa da pregiudiziali concettualistiche o teleologiche. Altravolta (46), ho avuto occasione di rilevare che la classica teoria del procedimento è stata sostanzialmente volta a fissare l'unità esteriore del fenomeno, dove l'elemento unificatore è secondo le diverse prospettive ora il fine o lo scopo (Carnelutti, Sandulli, Giannini), ora l'effetto finale (Forti, Mortati, Conso) ora l'interesse che il processo soddisfa (Benvenuti) ora infine il risultato (Salv. Romano). Da questo punto di vista quelle teorie non offrono per il processo una prospettiva diversa dall'antitetica concezione del rapporto giuridico processuale, del quale condividono la visione formale unitaria e il criterio teleologico (47).

Analizzato dall'interno, il processo esibisce all'analisi soltanto le singole entità dinamiche nelle loro molteplici combinazioni nelle quali il fenomeno si identifica. Codesta concezione può anche definirsi

---

(44) In tal senso, di recente, I. ANDOLINA, e G. VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990.

(45) Il riferimento è agli studi di ELIO FAZZALARI che ha sviluppato l'individuazione della categoria *processo*, come procedimento nel quale « le comparenti realizzano il valore fondamentale del contraddittorio ». Per tutti gli scritti dell'a. sul tema, v. *Procedimento e processo* (*teoria generale*) in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1982, p. 821.

(46) E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 580.

(47) Nel « sistema » di Chiovenda la costruzione del rapporto giuridico processuale è coerente con lo scopo assegnato al processo e consistente nell'attuazione della legge, che si specifica « nel dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire » (CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare* in *Riv. dir. comm.*, 1911 e in *Studi*, I, cit., p. 11). E il criterio teleologico espresso dalla formula riportata diventa strumento principale di interpretazione di ogni norma processuale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strutturale purché al termine « struttura » non si attribuisca (soltanto) il significato di *ordine* bensì quello di *sostanza* della realtà studiata con riguardo ai suoi dati elementari e alla loro interazione, e quindi a tutte le possibili determinazioni.

8. C'è un momento delle « Storie » di Cipriani, che oltre ad apprestare uno stimolo ulteriore alle riflessioni che precedono sarebbe da solo sufficiente a definire il suo storicismo, fondato sul dominio del contingente che assume le forme di un potere e trova modo di consolidarsi in un orientamento di lunga durata. È quando l'a., non evitando questa volta personali valutazioni, ripercorre le vicende dell'oralità, quale tecnica del processo civile, e quelle, connesse, della riforma codicistica nella prima metà del secolo.

Il panorama che ci viene offerto solo in minima parte può ritenersi già esplorato o comunque oggetto di adeguate meditazioni.

Qui la comune accettazione del tramandato (che in Cipriani assume sempre rilievo) si tramuta ancora una volta in una questione epistemologica. C. comincia con l'avvertire che l'oralità non può ritenersi né « nata a Napoli nel 1906 né a Roma nel 1909 » (con riferimento a due note conferenze tenute in quelle città da Chiovenda), se la sua problematica era ben nota cento anni fa ai processualisti, ai « tre grandi M » (Mattirolo, Mortara e Manfredini), a Carlo Lessona, a Salvatore La Rosa e persino al « vecchio » Borsari che nel 1869 aveva dedicato tutta la prefazione del suo *Commentario* all'oralità, concludendo che « è meglio scrivere e leggere che parlare ed ascoltare ». Dell'oralità sarebbe stato invece « convintissimo » Francesco Cocco-Ortu, il guardasigilli che nel 1901, nel presentare a Vittorio Emanuele III la riforma Mortara, avvertì che il principio ispiratore era quello « dell'oralità almeno relativa ». Ciò significa, osserva Cipriani, che all'inizio del secolo « il processo civile italiano, che nella realtà applicativa si identificava con quello varato da Mortara nel 1901, era orale ». La successiva affermazione dell'oralità nel processo civile, come originale e perpetuo messaggio di Chiovenda, avrebbe avuto una genesi e uno sviluppo significativi dell'influenza delle congiunture, che, si è già visto, costituisce il filo conduttore del discorso di C.

Questi i fatti e l'interpretazione che C. ne offre. Chiovenda, l'11 marzo 1906, tiene una conferenza al Circolo di cultura di Napoli su « Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno » (48). Inserendola nei *Saggi di diritto processuale civile*, Chiovenda avverte che da questa conferenza si inizia la propaganda da lui condotta per la riforma del processo civile italiano « sulla base dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione ». Cipriani ritiene di cogliere i limiti della « propaganda » nella conferenza napoletana e la reale sostanza del

(48) In *Rivista giuridica e sociale*, 1907, e in *Saggi* I, cit. p. 379.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discorso chiovendiano in quella circostanza. Chiovenda, secondo C., è soprattutto impegnato ad illustrare il suo pensiero sull'interesse dello Stato a non assistere passivamente alla lite e al « modo in cui questa si svolge », perché la giustizia è « una funzione della sovranità »: un invito a considerare la necessità di un ampliamento dei poteri del giudice che, osserva C., « nulla ha a che vedere con l'oralità ». A questa, l'oratore accenna solo incidentalmente a proposito del « luogo comune » della lunghezza delle liti, alla quale in Austria (col codice del 1898, opera di Franz Klein) si sarebbe ovviato applicando il principio dell'oralità che « si fonda sulla concentrazione normale di tutte le attività processuali in un'unica udienza »; e nota che « qualche cosa di simile » era stato tentato con la legge del 31 marzo 1901 (opera di Mortara), che tuttavia non aveva risolto il problema della brevità e non offriva al giudice « un quadro unico e vivente della controversia ». Il discorso si concluse con l'avvertenza che la soluzione non stava nelle riforme ma « solo » nella modificazione della coscienza dell'uomo, col contributo della scienza che doveva « approfondire lo studio storico del processo ».

Offerta la lettura della conferenza napoletana, C. passa a raffrontarla con quella tenuta da Chiovenda al Circolo giuridico di Roma, tre anni dopo, il 17 aprile 1909, su « Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali » (49).

Chiovenda, dice C., accantonando le perplessità sulla efficacia delle riforme, ne auspica ora una radicale, e punta sull'oralità che « appena diversa da quella fino a quel momento conosciuta » è « presentata come il sistema moderno e di sicuro effetto per semplificare ed accelerare il processo e per ottenere sentenze giuste ». C. attribuisce tale sensazionale mutamento d'indirizzo, da parte di Chiovenda, alla sopraggiunta « conversione » di Scialoja al riformismo, che avrebbe dovuto interessare il « diritto generale » italiano che il romanista considerava antiquato. Chiovenda si sarebbe sentito obbligato ad aderire senza indugi all'« apostolato » del maestro. E ciò a parte la necessità di « scavalcare a sinistra » il progetto di riforma Orlando del 1909, predisposto da Mortara, dove non mancava l'ampliamento dei poteri del giudice da lui sempre auspicato.

Il giudizio storico di C. sugli eventi narrati non può ritenersi azzardato almeno per un aspetto: l'esatta collocazione temporale dell'enfatizzazione, da parte di Chiovenda, dell'idea dell'oralità nell'ultimo dei ricordati interventi (non importa se indotta, come opina C., da particolari congiunture), con l'esaltazione della rapidità della parola, che comportava la eliminazione quasi totale delle scritture, e con la proposta di concentrare il procedimento in un'udienza o in poche udienze vicine. E l'enorme influenza che da quel momento la decisa presa di posizione del dotto processualista avrebbe avuto sul pensiero

(49) In *Rivista di diritto civile*, 1910, e in *Saggi* I cit. p. 395.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli studiosi di ogni tempo. C., procedendo ad un'analisi, per questo aspetto inedita, della reale consistenza e delle potenzialità dell'oralità chiovendiana, quale appare successivamente fissata nel noto Progetto di riforma redatto dal maestro novarese, osserva che essa « non era molto diversa da quella mortariana », che il bando delle scritture e dei rinvii su istanza di parte non era affatto rigoroso e che in definitiva « se ci si sforza di immaginare il processo chiovendiano calato nella realtà del 1920, ci si avvede che non sarebbero cambiate molte cose ». Le conclusioni di C. provocano ancora una meditazione.

La mitizzazione dell'oralità (e della concentrazione e dell'immediatezza) nel processo civile, che è quasi una costante del pensiero dei processualisti italiani di questo secolo, procede dall'autorità dello studioso che per la prima volta la elevò dichiaratamente a livello di « principio » e di « sistema. Come ha notato Taruffo (50), l'oralità non si inserisce nel sistema principale di Chiovenda, costituito dalle teorie dell'azione e dal rapporto giuridico processuale, ma ne resta estranea e si pone come un « sistema » ulteriore. Ed è questo il punto.

Da mera soluzione tecnica, che come tale non dovrebbe superare i limiti della proposta alternativa ad altre possibili, l'oralità chiovendiana ha finito per assumere la sostanza di una entità ideale insostituibile, un « principio » al quale deve adeguarsi non soltanto la forma del processo ma lo stesso modo di intenderne la realtà. E ciò spiega perché — come scriveva Vittorio Denti nel 1970 (51) — « la dottrina italiana del processo continua a ritenere che il processo orale, secondo il modello ideale disegnato da Giuseppe Chiovenda, costituisce il traguardo cui deve mirare ogni riforma del procedimento civile ». Da qui poi il carattere « compromissorio » attribuito alle proposte e alle realizzazioni legislative che non si conformano interamente a quel modello. In tale modo la concettualizzazione, nella conoscenza del processo, come ricerca di principi e schemi fissi, ha toccato quanto era ed è meno suscettibile di essere assunto come principio: la tecnica delle operazioni processuali.

Qui il discorso tende di necessità ad allargarsi. Ogni teorizzazione del processo ha precisi limiti segnati dal suo carattere essenzialmente strumentale che non consente di concepire un congegno che risponda a criteri immutevoli, peggio se posti *a priori*, o a linee teoriche di tendenza non desunte dall'esperienza. La costruzione di quel congegno è naturalmente condizionata (e in ciò sta la sua storicità) da un lato dal relativismo della stabilità del diritto sostanziale che per esso si attua,

---

(50) M. Taruffo, *Sistema e funzione* cit., p. 1152.

(51) V. Denti, *L'oralità nelle riforme del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1970, p. 434, e poi in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 121; di recente, dello stesso a. v. *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in *Foro italiano*, 1988, p. 347.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'altro dalla condizione culturale (la civiltà) dei soggetti che vi operano, i giudici e le parti, e quindi da fattori storico-sociali di cui il processo non può non risentire i mutamenti. Non può ipotizzarsi un modello di processo (che è cosa diversa dalla conoscenza scientifica dei suoi dati dinamici) senza tener conto dei due fattori accennati, a rischio di offrire uno strumento che alla prova si riveli non utilizzabile o inefficace, come è avvenuto nel 1973 con la « costruzione » del processo del lavoro, estrema realizzazione, nel nostro diritto positivo, della prospettiva chiovendiana, rimasta solo un fatto legislativo che la pratica sostanzialmente ignora: strepitoso esempio di rottura fra norma e diritto vivente.

Per questo aspetto il libro di C., lungi dall'esaurire i suoi valori sul piano della conoscenza storica, ha il senso della proposta per l'avvio di un rinnovato discorso sulla funzionalità del nostro processo nell'attuale, anche e soprattutto dopo l'avvenuta riforma.

9. Nel 1992 Cipriani ha pubblicato un libro (*Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*) che documenta il parto di quel codice, avvenuto, come è noto, il 28 ottobre del 1940: esito della « mitica impresa » durata per almeno due decenni nella quale, dice C., si erano cimentati « un pò tutti », non solo Chiovenda e Mortara ma anche Carnelutti e Redenti. Nella prefazione l'a. avverte che il libro è frutto della scoperta di eventi che, se appresi prima, avrebbero naturalmente formato l'ultimo capitolo delle « Storie ».

Ma la continuità fra i due scritti non attiene soltanto alla cronologia degli avvenimenti rivelati quanto e soprattutto al modo di C. di fare storia. È toccato a C. di sperimentare ciò che appagherebbe l'ambizione di ogni storico: di vedere asseverata da sue ulteriori ricerche la validità del punto di vista maturato ed espresso in una storiografia già compiuta. Nel suo caso, lo si è già visto a proposito delle « *Storie* », si tratta di quella ontologia empiristica nella quale il corso degli accadimenti si spiega in funzione di *contingenze* che si sviluppano entro un complesso di *poteri*.

In questo segno, il discorso di Cipriani tiene una linea rigorosa che corre attraverso i fatti tratti da una fitta documentazione che occupa 329 delle 445 pagine del libro. Qui le valutazioni personali sono più marcate che nella prima opera, ma offrono sempre il supporto di precisi riscontri oggettivi. Quella d'apertura è rivolta allo stato della giustizia in Italia nel 1939, quando il processo civile andava « benissimo », considerato che « l'arretrato che oggi ci tormenta neppure esisteva », e che dopo la riforma del 1901, « stando alle statistiche, il nostro Paese, almeno negli anni dieci, poteva vantare il processo civile più rapido del mondo ». « Ciononostante il problema della riforma del codice esisteva. Non per gli avvocati e neppure per i giudici, ma per i processualisti ». Avevano « lasciato il segno » le idee di Chiovenda « specie laddove

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suggerivano che bisogna soddisfare i poteri del giudice », e Calamandrei insisteva nell'assicurare che l'oralità chiovendiana era il toccasana.

L'accidente che all'inizio degli anni quaranta consentì, dopo i ripetuti tentativi rimasti tali per lungo tempo, una riforma del codice di procedura civile ispirata alle vedute delle dottrine « prospettate trent'anni prima e in un contesto completamento diverso », fu il fatto che « il regime fascista s'era ormai da tempo impossessato dell'idea di donare ad ogni costo all'Italia un nuovo c.p.c. », puntando sul giudice e sulla sua autorità. Quanto agli « attori storici » della vicenda, C. s'impegna a definirne e distinguerne i ruoli con molto scrupolo, curando ogni sfumatura. Campeggia la persona di Dino Grandi, guardasigilli dal 12 luglio 1939, a cui, contro la *communis opinio*, C. rivendica interamente l'evento del codice. Grandi, al quale Mussolini aveva affidato di risolvere « con coraggio » l'annoso problema della riforma dei codici, riuscì nella non facile impresa di far sedere allo stesso tavolo, in comitato, Carnelutti, Calamandrei e Redenti per « perfezionare » il progetto già predisposto, quello che porta il nome di Progetto definitivo Solmi (il guardasigilli uscente), e sottoposto, per iniziativa dello stesso Grandi, ad una revisione affidata ad un magistrato: Leopolodo Conforti. Dei tre « grandi » che, chiamati a « collaborare », finirono per avallare il progetto, nella narrazione di C. assume un ruolo di spicco Calamandrei che accetterà anche l'invito del guardasigilli a stendere la relazione. Della quale C. pone in risalto la singolare « profonda differenza rispetto alla realtà del codice » per l'intento del relatore di garantire « che tutto sarebbe cambiato in meglio ». Lo stesso Calamandrei, quando, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, caduto il fascismo, si renderanno palesi le difficoltà della sua applicazione e l'ingombro dell'istituzione del giudice istruttore (che elevò, dice C., a quattro i tre tradizionali personaggi del processo), interverrà contro la minaccia dell'abrogazione per difendere il codice e il giudice istruttore che, osserva C., « era la rinnegazione personificata degli insegnamenti chiovendiani »; e troverà l'appoggio di due giovani processualisti, Virgilio Andrioli e Gian Antonio Micheli che nel novembre del 1944 scrissero un saggio, col quale garantirono in particolare che quel codice nulla aveva a che spartire col fascismo e che le idee ivi accolte risalivano a Chiovenda che non era stato fascista e che le aveva prospettate ancor prima dell'avvento del fascismo (52). Il codice entrò puntualmente in vigore nella data già fissata del 21 aprile 1942, senza i pur prospettati rinvii « per il non infondato timore che con la fine della guerra e la conseguente caduta del fascismo sarebbe stato molto probabilmente

(52) Sulle ultime vicende fino alla « riforma » del 1950 e sulla posizione di Calamandrei, riferisce ancora F. CIPRIANI nello scritto *La ribellione degli avvocati al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense*, in *Rassegna forense*, 1982, parte prima, p. 72 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mandato al macero ». La narrazione di C. è ricchissima di particolari ma tende sempre all'unità col documento.

La combinazione dei poteri, qui il potere politico e quello scientifico, in una data congiuntura storica, e il suo effetto determinante per il quale una verità è dominata e comunque dipendente dal potere, resta ancora il filo conduttore della storiografia di C. che spiega perché, senza che occorresse appagare reali necessità, la buona tecnica, che informava il processo italiano dopo la riforma Mortara del 1901, fu sostituita nel 1940 con la costruzione di « un processo che prescindeva dal come sono fatti gli uomini che popolano il pianeta Terra ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LORENZO ORNAGHI

SUL RAPPORTO ' LOGICO ' TRA ECONOMIA E POLITICA

(A proposito di NATALINO IRTI, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1992)

1. Nel titolo di un volume ancora si rispecchia, talvolta, la volontà dell'autore di dichiarare subito e con esattezza l'argomento della sua analisi. Comunicare prontamente al lettore un tale ' oggetto ', non sempre corrisponde però al diffuso desiderio di rinvenire un'intitolazione che, quando non sia in grado di costituire una sintesi efficace di ciò che il testo propone, appaia tuttavia attraente, magari soltanto per le sue capacità reali o presunte di evocazione o allusione. Diversamente da quest'ultimo caso (che invero si sta ripetendo fin troppo e non di rado con troppa grossolanità) capita infatti che l'autore, fissando con precisione e immediatezza il tema, intenda denotare senza possibilità di ambigui fraintendimenti quale sia la posta della sua sfida intellettuale e scientifica. L'icasticità di una formula, il suo carattere semplificato o addirittura scopertamente convenzionale, il gioco consapevole dei contrasti o delle sfumature fra arcaicità e possibili innovazioni concettuali di un termine o di un'immagine, divengono allora non solo il segno di un'ulteriore tappa nel personale cammino di ricerca di uno studioso, ma anche, di solito, la prova evidente del suo proposito di collocare al centro dell'analisi proprio una delle questioni travisate, stravolte, o colpevolmente eluse dai discorsi più ricorrenti in una certa fase dello svolgimento di questa o quella disciplina. Poiché tale mi sembra il caso del volume di Natalino Irti, è opportuno soffermarsi con alcune brevi considerazioni su quella formula di società civile che, soprattutto quando la si ponga in sequenza col sottotitolo del volume, pare voler mostrare in modo quasi stridente tutta la sua attuale, imprevista qualità di anacronismo politico e di termine obsoleto, chissà se solo concettualmente o anche, ormai, lessicalmente.

Vi sono molte analogie (troppe e assai profonde, per poterle considerare del tutto fortuite) fra il processo che investì qualche anno fa la formula ' Stato moderno ' e quello che ora riguarda l'espressione ' società civile '. Vi è anche, però, una significativa sfasatura temporale tra il primo e il secondo di questi processi. Ciò che appare subito

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comune all'uno e all'altro è il fatto che la revisione critica, o, se si preferisce una terminologia meno equivoca, la ricostruzione storico-analitica cui viene sottoposta dapprima la formula ' Stato moderno ' e poi l'espressione ' società civile ', assume l'aggettivo non solo come suo punto d'avvio, ma anche — in apparenza — come suo campo centrale d'indagine. Le ragioni dell'apparenza, nel primo caso, si manifestarono poi con sufficiente chiarezza, anche se non a tutti gli studiosi e in modi del tutto comparabili. Attraverso l'analisi di ciò che costituisce (o costituirebbe) la ' sostanza ' della delimitazione cronologica fissata con l'aggettivo ' moderno ', quel che in effetti e per intero si disvela è la natura stessa dello Stato; talché la ricognizione e alla fine il riconoscimento del pleonastico aggettivo porterebbe non solo e non tanto a una più precisa ricostruzione storico-analitica dello Stato (inteso, quest'ultimo, sia come idea, sia come concreto complesso di istituzioni), bensì e soprattutto all'individuazione di quei caratteri della ' politica ' che nella sintesi statale hanno trovato un'assai longeva collocazione e anche (probabilmente) una qualche trasformazione o, addirittura, una strutturale mutazione.

Che pure alla base del bisogno di riconsiderare la categoria di ' società civile ' vi sia l'inclinazione a divaricare ciò che sembra o è perennemente ' politico ' dalle sue mutevoli forme istituzionali (una propensione così diffusa da risultare squisitamente tipica di questo nostro secolo, erede non sempre consapevole di quello che l'ha preceduto, e di solito assai poco trasgressivo nel gestirne lasciti e retaggi), mi pare un'osservazione controvertibile con difficoltà. Ben altro, almeno per ora, è ciò che rende diversi i due processi in profondità. La sopravvalutazione del ' moderno ' (col suo evitabilissimo contrappasso, poi, dell'invenzione e attribuzione di una sorta di plusvalore ' filosofico ' a ogni e qualsiasi espressione di potere dello Stato: ma anche qui, probabilmente, scontiamo le eredità ultime del secolo della ' politica ideologica '), questo innalzamento, dicevo, della modernità a categoria connotativa assai più che qualificativa ha potuto coinvolgere direttamente e pressoché automaticamente il termine cui ' moderno ' veniva riferito. Si potrebbe anzi sostenere, tollerandone le punte di maggior esagerazione, che solo coll'accettazione dei suoi dominanti caratteri di modernità lo Stato diventava riconoscibile (e lo restava, pur — o *proprio* — durante il suo declino) quale involucro tendenzialmente esclusivo di politicità.

Assai difficilmente, e certo con forzature ideologiche più violente, un analogo processo di iper-valutazione del ' civile ' produrrebbe effetti altrettanto diretti e automatici sul termine di società. E non già perché le radici di quest'ultimo affondino in un terreno ben diverso da quello della cosiddetta modernità; o perché — seppur tale ragione abbia un suo rilievo, spesso trascurato da chi studia i termini-concetti della politica alla stregua di reperti fossili — il nome di società mantenga in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sé un nucleo, per dir così, più caldo, del tutto ignoto all'algido termine di Stato. Il motivo della diversità è un altro, e attiene al fatto che, oggi e con intensità sempre più grande, è nella società che la politica trova il suo strumento meno contingente di autorappresentazione e, soprattutto, una fonte non precaria di definizione. Sottratte ai cascami delle retoriche più rozze e fuorvianti, la ' democrazia ' e la lunga consistenza dei regimi democratici non hanno soltanto modificato in modo irreversibile il rapporto storico tra il ' moderno ' Stato e la ' civile ' società, ma costituiscono anche il principale fra quegli elementi di trasformazione e mutazione dei caratteri della politica, cui si accennava poco fa.

E dunque, mentre sempre più stancamente le domande sullo Stato sollecitano in modo *diretto* riformulazioni o nuove formulazioni dell'antico quesito intorno al « che cos'è politica », sono proprio le domande sulla società a ricollocare l'interrogativo *anche* (ma certamente *soprattutto*, perché questo è ciò di cui oggi hanno bisogno sia i discorsi scientifici sulla politica, sia l'azione politica) in rapporto immediato col nostro tempo.

2. « Domande del tempo » è, non per caso, il titolo apposto al primo capitolo del volume di Natalino Irti. Un capitolo che, tracciato lo schizzo storico dello Stato di diritto, immediatamente comunica al lettore il disagio e l'inquietudine generati nel giurista dal non saper rinvenire, oggi, che un contenitore provvido e inesauribile di questa ormai antica forma, giacché « [p]rivato di determinazioni contenutistiche, il diritto accoglie e normativizza ideologie e poteri, apparati burocratici e centrali tecnologiche. Tutto si fa ordine, se tutto può farsi norma » (p. 197).

Di fronte al premere di questioni reali la cui registrazione stessa viene ingarbugliata e imbrogliata dal rapido e disinvolto proliferare di schemi semplificatori (la socializzazione dello Stato, la statizzazione della società, la rifeudalizzazione, e molti altri ancora), gli assilli del giurista non sono soltanto la pur comprensibile manifestazione esteriore dello stato d'animo di chi più non ritrova una logica da tempo convalidata e immediatamente riconoscibile dentro il quotidiano funzionamento del convivere organizzato, o non ancora ne scorge una nuova e diversa. In un modo non troppo distante da quello di altri e altrettanto avveduti osservatori o analisti di fenomeni sociali e processi politici, le incertezze del giurista segnalano il grado della sua consapevolezza del fatto che, quanto più l'' oggetto ' fin qui considerato specifico di una scienza sembra oggi ritrarsi dai discorsi costitutivi di quella scienza (sia essa il diritto, la scienza della politica, la sociologia, o anche l'economia, con tutte le loro moltiplicatesi sottospecialità), tanto più la ' riflessione sull'oggetto ' diventa di necessità ' oggetto di riflessione '. In questo scorcio di secolo in cui, mentre paiono intollerabili gli ultimi lacci che vennero stretti dal ' sistema ' delle scienze sociali, più che mai

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si pagano le conseguenze di quei legami che invece vennero sciolti troppo presto, l'interrogarsi sulle domande fondamentali è certo ben più produttivo del parzialissimo idiografismo di chi, esibendo solide certezze, in realtà ricicla le proprie personali devozioni a un'idea di ' scienza ', tenacemente coltivata e sempre con eccessivo (talvolta sospetto) zelo.

Se allora è dovere, per il giurista, cercare di stabilire il significato giuridico delle domande del tempo, si comprende agevolmente come mai il secondo capitolo sia dedicato al concetto di ' autonomia '. Tale concetto, ricorda Irti, scorre dentro a tutta la storia del diritto privato; e in sé racchiude un lacerante dualismo, dal momento che rimanda sempre ad un altro termine, diverso e magari contrario o ostile. Non pochi dualismi giuridici del diritto privato trovano in John Locke la loro origine. Attraverso la filosofia ' politica ' lockiana, ospite spesso ancora ignota del diritto privato, è possibile non solo tracciare le principali linee di transizione dallo stato di natura alla società civile, ma anche (e soprattutto) indicare il punto della precisa congiunzione ' logica ' tra economia e autonomia: « La società politica o civile non trova dietro di sé — un dietro logico, se non cronologico — un arido deserto né l'indecifrabile disordine del caso, ma una struttura di rapporti già regolati dalla legge di natura, già suscitati e definiti dalla libertà umana. Essa trova un ordine, una società economica, fondata sull'inviolabilità della proprietà e sull'obbligatorietà dei fatti. L'economia è il prius; la politica della *civitas*, il posterius » (p. 27).

Conviene tornare a leggere l'enunciazione. Gli elementi fondamentali della costruzione teorica che, senza mai sottolinearlo enfaticamente al lettore, Irti va disegnando pagina dopo pagina, si trovano quasi tutti anticipati in queste righe. Vi sono la categoria di ordine e l'immagine del caso; la legge di natura e la libertà umana dell'individuo e dei gruppi; si profilano, appartenenti senza alcun margine di dubbio allo stato di natura, le figure economiche della proprietà e del contratto; compaiono i « fatti » del lavoro e della parola data. Con un preciso collegamento alla teoria generale di Emilio Betti, nel terzo capitolo Irti considererà poi i due ordini — quello sociale, e quello giuridico — in cui l'acuto dualismo del negozio sembra subire il riflesso delle polarità di società civile e Stato (o forse, chissà, a sua volta illuminare l'una rispetto all'altra alimentando di continuo, e talvolta ambiguamente, entrambe). E nei successivi capitoli — fino ai centrali « La ' scoperta della società civile ' » e « Il significato giuridico » — ciascuno di questi elementi si verrà stagliando con sempre maggior chiarezza, ora attraverso la riconsiderazione di un dibattito dottrinario centrale nella storia della cultura giuridica italiana o di quella europea, ora mediante l'osservazione disincantata di ciò che accade, e magari sarebbe meglio non accadesse, sotto la volta del nostro ordinamento. Il lettore scoprirà da sé come la costruzione teorica si vada a mano a mano arricchendo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secondo un disegno in cui il rilevamento delle più tradizionali e resistenti dicotomie — siano quelle fra Stato e società, gruppo e individuo, diritto pubblico e diritto privato — costituisce sempre la spinta per ricercare quale sia, allorché davvero esiste, la possibilità di un allentamento della tensione tra le polarità, se non di una loro riduzione ad una superiore unità.

3. E però, nell'enunciazione che poco sopra veniva ricordata, accanto agli elementi fondamentali vi è anche, formulata concisamente e con decisione, una tesi che rappresenta la struttura portante, o forse l'intima finalità dell'intero volume. Verso il concludersi dell'analisi, la tesi secondo cui l'economia è il prius e la politica della *civitas* il posterius così risulta esplicitata e corredata dei suoi principali corollari: « L'economia sta prima e fuori della società politica: essa è neutrale ed universale, poiché esprime l'originaria natura dell'uomo. Le leggi statali possono bensì intervenire — o, meglio, sopraggiungere —, ma soltanto per riconoscere e tutelare rapporti già conclusi. Il diritto privato non appartiene al medesimo genere del diritto pubblico (quasi specie interne), ma si contrappone ad esso, come diritto della libertà naturale a diritto dell'artificiale società politica. Lo strumento tecnico di quella libertà, di quell'originario potere di autodeterminarsi e autoregolarsi, è appunto il negozio giuridico » (pp. 123-124). Giacché più di ogni altra è proprio tale tesi che non solo dà ragione dell'apparentemente anacronistica immagine apposta come titolo al volume, ma che segna anche, a mio parere, la linea dove maggiori si rivelano le potenzialità innovative delle riflessioni formulate da Natalino Irti, su di essa conviene soffermarsi con una breve serie di ulteriori considerazioni.

L'affermazione della precedenza logica dell'economia rispetto alla politica (ché di questa sola intendo qui discutere, anche se, naturalmente, essa sarebbe pure da trattare nel suo legame diretto e stretto con la ' contrapposizione ' tra diritto privato e diritto pubblico) reintroduce nei discorsi scientifici una questione lasciata purtroppo ai margini per lungo tempo. Il non averla tenuta accesa ci ha forse invischiato ancor di più nelle negative conseguenze dei tanti ibridismi fra la politica e il diritto, oltre che dell'una e dell'altro con l'economia (ibridismi, val comunque la pena di aggiungere, che non riguardano soltanto la parabola e taluni consistenti od effimeri successi di questa piuttosto che quella ' teoria ', bensì i concreti assetti politico-istituzionali ed organizzativi del Paese in cui ci troviamo a vivere). Lamentare con un ' purtroppo ' l'ostracismo inflitto a una tale questione, rispecchia anche il rammarico per il fatto che, insieme con le conseguenze or ora indicate, si sia dovuto pagare il prezzo del rapido svilimento di uno dei temi più specifici, e connotanti, di quel particolare ' sistema ' delle scienze sociali costituito dalla ' tradizione ' degli studi politico-giuridici italiani.

Natalino Irti, a questa tradizione, attinge a più riprese e sempre con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risultati fecondi in ordine alla necessità di innovare il discorso scientifico proprio laddove, oggi, maggiori appaiono le intersezioni e le interferenze — visibili — tra politica ed economia, e quelle — non meno rilevanti, anche se di solito assai meno esplorate — tra politica e diritto. Un passaggio centrale della sua tesi, però, necessiterebbe di alcune precisazioni. Le quali pertengono al fatto se la precedenza logica dell'economia nei confronti della politica sia da intendersi come una priorità che riguarda la politica *tout court*, o solo la politica di quella particolare *civitas* che, in forza soprattutto del diritto pubblico, assume la forma del (moderno) Stato sovrano. Proprio su quest'aspetto la tradizione degli studi italiani — tra gli anni Venti e Trenta in particolare (riprendendo questioni e temi già profilatisi sul finire dell'Ottocento), e poi in alcuni lavori successivi che, pur sempre meno frequenti, si riallacciavano tuttavia alle ricerche di quell'età — si è infatti trovata a formulare con decisione le due tesi contrapposte: che alla politica spetti sempre e comunque il primato sull'economia, e, per converso, che economia e politica, rivendicando di continuo un'impossibile supremazia dell'una sull'altra, siano alla fine costrette a riconoscere la loro paritetica benché antagonistica originarietà. Quel che mi appresto ora a dire è assai meno eccentrico o fuori luogo, rispetto all'esistenza di un rapporto ' logico ' tra economia e politica, di quanto alle prime apparenze possa sembrare.

Tra gli svolgimenti della teoria politica in questa nostra Italia post-bellica, una delle formulazioni ancora meno conosciute a proposito del rapporto tra economia e politica è sicuramente quella che Gianfranco Miglio è andato via via definendo nel corso della sua attività scientifica. È a questo studioso che si deve infatti la distinzione-contrapposizione tra ' obbligazione politica ' e ' contratto-scambio ', in cui confluiscono, e però modificate spesso radicalmente, alcune delle classiche dicotomie tra Stato e società, *status* e contratto, comunità e società. Non vi è certamente spazio, in questa occasione, per chiedersi quali motivi differenti e diversamente rilevanti stiano a spiegazione del fatto che a una simile distinzione-contrapposizione non sia finora arrisa la fortuna, larga anche se quasi sempre instabile, toccata invece ad altre categorie analitiche (o ad immagini più calcate su questa o quell'esteriorità degli assetti politico-istituzionali), che si sono rapidamente succedute nei discorsi più recenti delle scienze politiche e sociali. Né, tantomeno, è questo il luogo per considerare gli elementi costitutivi dell'obbligazione politica e del contratto-scambio, analizzandone e tipologizzandone storicamente sia le differenze strutturali, sia le dinamiche regolanti il loro mutevole rapporto. Sull'approfondimento e su una rigorosa definizione di simili elementi auspicabilmente tornerà infatti il suo autore, non appena si ritrovasse del tutto libero dalle ultime incombenze. Ciò che invece rileva ricordare è che, nella teoria elaborata da Gianfranco Miglio, la paritetica originarietà dei due àmbiti di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rapporti umani appare storicamente confermata proprio in forza del loro irriducibile antagonismo. Dall'alterna e mai simmetrica oscillazione fra obbligazione politica e contratto-scambio dipendono tutte le grandi trasformazioni *dei* sistemi politici, oltre che, quasi sempre, i mutamenti *dentro* un regime. Ma il dilatarsi dell'area politica che restringe quella del contratto-scambio, e l'inverso processo, né rispettano o contraddicono un criterio ' logico ', né si conformano al principio secondo cui la ' naturalità ' dell'economia *deve* prevalere comunque e sempre sull'' artificialità ' della politica. Semmai, proprio la base posta a fondamento ' antropologico ' (mai modificabile, nemmeno in parte?) dell'una e dell'altra area di rapporti costringe a interrogarsi più a fondo sul carattere, e sui variabili limiti storici, della ' strumentalità ' della politica rispetto al contratto-scambio.

Ed è qui, a me pare, che il riaprire la riflessione sul rapporto tra economia e politica consente di attestarsi su una delle linee di maggiore innovazione rispetto alle attuali intersezioni tra i discorsi giuridici e quelli politologici. Se si analizza fuori dei più diffusi stereotipi accademici la strumentalità della politica, si giunge a comprendere come la ' produzione ' politica sia anche, in se stessa, ' distribuzione ' politica. E ci si attrezza a spiegare perché, una volta distinta la politica *tout court* dalla politica dello Stato, in talune fasi storiche sia indispensabile che ciò che è ' pubblico ' — a partire proprio dalle istituzioni ' politiche ' — venga sottratto al comando intero e alla disponibilità totale di una classe politica, per essere raccordato invece, il più possibile, all'area del contratto-scambio. Che è poi la fase storica, questa, in cui sembra versare non solo o non tanto il nostro Paese, bensì, fatte le necessarie differenze fra l'una e l'altra comunità nazionale, il ' tipo ' stesso di democrazia cresciuto *dentro* lo Stato di diritto.

4. Vi è ora un'ultima osservazione, che pur va fatta perché queste note sulla distinzione-contrapposizione tra obbligazione politica e contratto-scambio non risultino a qualcuno piuttosto stravaganti rispetto al tema in esame. Se anche l'area del contratto-scambio non è sovrapponibile in tutto e perfettamente a quella dei rapporti economici, e se al giurista suona di certo un po' spuria, quando non ridondante o in modo compromettente sociologica, l'aggiunta del termine di ' scambio ' a quello di ' contratto ', dentro la formula — almeno nella elaborazione che Gianfranco Miglio ha offerto — si ritrovano echi riconoscibilissimi, e anche qualcosa di più, di ciò su cui Alessandro Passerin d'Entrèves rifletteva nel suo *Il negozio giuridico* del 1934. Li si ritrova, soprattutto, a proposito di quell'autonomia privata che, osserva Irti, « deve porsi come Stato, esclusiva e sovrana al pari di esso » (p. 69). Non è allora fortuita, io credo, la variazione terminologica che scandisce, in Miglio, lo spostamento della ricerca dall'analisi delle dottrine e delle istituzioni politiche all'analisi dei criteri del ' politico ' e delle ragioni per cui nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura ‘ trascinante ’ della politica sembra riflettersi la sua posizione di incontrastabile primato. Alla formula di ‘ obbligazione politica ’, distinta e sempre più distante dalla *political obligation* ben nota a Passerin d’Entrèves, prima si contrappone quella di ‘ obbligazione privata ’, poi quella di ‘ obbligazione-contratto ’, e solo alla fine — ma i suoi elementi costitutivi restano sostanzialmente i medesimi, diversamente da ciò che succede per gli elementi dell’obbligazione politica — la figura del ‘ contratto-scambio ’.

Nemmeno è però casuale che tra tali elementi resista inalterato ed egemone quello del principio *pacta sunt servanda*. E che, se a spiegare la ‘ crisi ’ dello Stato è soprattutto il fallimento del tentativo ‘ borghese ’ di ridurlo a un gigantesco sistema di ‘ contratto-scambio ’, a riaccendere — di nuovo e con maggior forza — la questione del rapporto tra politica ed economia sia proprio il riemergere dell’umana (e naturale) vocazione al contratto. Flessibile e reversibile, il contratto-scambio può così consentire oggi, per Miglio, di spezzare la storica forbice tra politica e Stato, laddove essa sia ormai giunta a una divaricazione non più sostenibile o correggibile neppure con un’illuminata o illuministica riforma generale delle sole, ‘ moderne ’ istituzioni statali di governo e di rappresentanza.

La « *interiorità* della società civile allo Stato » (p. 156) diventa allora, da questo punto, il problema su cui non possono non concentrare la loro analisi sia i giuristi sia i politologi. E tanto più lo diventa, quanto più la « intrinseca politicità dei gruppi » (p. 159), se non intende soccombere alla « inesorabile *spersonalizzazione* degli scambi » (p. 125), cerca il suo miglior scudo nell’antico « diritto delle autonomie apolitiche ». Ricollocata nella sua posizione di oggetto fondamentale del discorso giuridico, la società civile si rivela in tal modo un campo d’indagine più che mai ‘ contemporaneo ’. E il giusprivatista, grazie a essa e ai suoi apparenti anacronismi, apre la strada per capire perché, oggi, la società civile sia minacciata soprattutto, o (almeno) *anche*, proprio nella sua maggiormente familiare ‘ interiorità ’ rispetto a quell’altra realtà, quasi sempre evocata dai discorsi giuridici e politologici più che analizzata: la realtà, cioè, usualmente e troppo spesso abitudinariamente trascritta con l’iper-sintetica e allusiva figura del ‘ mercato ’.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NELSON SALDANHA

O PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORANEO

O termo « contemporâneo », neste trabalho, está sendo empregado para designar os mais recentes decênios, isto é, aproximadamente os últimos quarenta anos. Ao utilizá-lo evitamos entrar no confuso debate sobre os limites entre moderno e pós-moderno; e atendemos, por outro lado, ao fato de que com o após-guerra e a década de 50, e mais ainda após 1960, algumas alterações ocorridads no mundo ocidental em geral, e em especial no pensamenoto jurídico europeu (e norteamericano), se refletiram sobre a cultura jurídica latino-americana, com alguns resultados peculiares.

Empregamos a expressão cultura jurídica, com referência à América Latina, e nesta incluimos obviamente o caso do Brasil, tendo em vista o fato de ser passível de discussão falar-se de uma « Filosofia jurídica » latino-americana ou brasileira. É sempre menos questionável aludir a uma *cultura jurídica* nestes casos. Poderemos porém falar eventualmente de uma filosofia jurídica brasileira, sobretudo a propósito de correntes mais caracterizadas ou de figuras mais marcantes. Daí o termo *pensamento jurídico* como categoria mais ampla e como referência genérica (1).

A trajetória histórica da cultura jurídica brasileira poderia ser esquematizada de diversos modos. Poderíamos dividí-la em períodos correspondentes às fases da história política do país, e então teríamos o período colonial, o período monárquico (dito oficialmente « império ») e o período republicano. Poderíamos, por outra via, aludir a um estágio espiritualista-jusnaturalista, marcado já no século XIX pelo predomínio do tomismo; un estágio positivista, filosoficamente influenciando pelos naturalismos (entre os quais aquele da chamada « Escola do Recife ») e

(1) « È chiaro che chi parla di pensiero giuridico, non per mera occasione verbale ma consapevolmente, afferma implicitamente di non aver nulla a spartire né con una visione riduttiva del diritto, né con una concezione positivistica della scienza giuridica e del giurista » — Paolo Grossi, *Pensiero giuridico (appunti per una « voce » enciclopedica)*, em *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 17, 1988, p. 264.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

outros estágios subsequentes (2). De qualquer modo encontramos naquela trajetória, ou em torno dela, a ausência de uma tradição intelectual mais consistente, e, principalmente, de uma tradição universitária mais sólida: daí a relativa descontinuidade dos trabalhos elaborados durante o oitocentos, e mesmo durante os primeiros decênios do novecentos. Daí igualmente as ambivalências em relação à cultura europeia, isto é, a ligação aos autores europeus em todos os ramos do Direito e entretanto as lacunas na informação bibliográfica; senão mesmo a frequente ou espisódica pretensão de desfazer aquela ligação. As vicissitudes da ligação de nossa cultura às linhas do pensar europeu podem ser ilustrativas para o entendimento de certos estágios, mormente no corrente século.

Mencionamos algo acima as alterações sofridas após o fim da Segunda Guerra pelo pensamento jurídico ocidental, e com elas a renovação da teoria do direito em cada um de seus setores. No caso se encontram entre outras coisas a reformulação do jusnaturalismo em Radbruch, em Marcic e outros; o debade sobre as limitações do positivismo legal nas obras de Gustav Boehmer e de Josef Esser; a discussão sobre a propria idéia de « pensamento jurídico » em Viehweg, a monumental teoria da interpretação de Betti, a heterogênea mas sugestiva reflexão sobre argumentação e retórica, de Perelmann (3). A assimilação destes novos problemas pelo pensamento brasileiro, entretanto, demoraria algum tempo, porquanto a geração que tivera seu *floruit* entre 1940 e 1950 ainda trazia consigo os padrões anteriores, sob outras inspirações e com outro material bibliográfico (4).

Voltamos deste modo a mencionar o quadro da cultura jurídica no Brasil após 1945, ano em que, encerrada a guerra nos campos europeus, caia no Brasil a ditadura de Vargas (chamada « Estado Novo ») e recomeçava como tantas vezes a busca da democracia. No fim da

---

(2) A contraposição jusnaturalismo — positivismo (naturalista), do século XIX, foi substituida no século XX por outras contraposições, inclusive a que colocaria de um lado os positivistas formalistas e de outro os historicistas, os axiologistas e ainda, residualmente, os pròprios jusnaturalistas. Sobre as « sobrevivências naturalisticas no século XX », cf. A.L. Machado Neto, *História das Idéias Jurídicas no Brasil*, ed. Grijalbo/EDUSP, S. Paulo, 1969, pags. 179 e segs.

(3) Especialmente Emilio Betti, *Teoria Generale della Interpretazione*, 2 volumes, ed. Giuffrè, Milano, 1955; Theodor Viehweg, *Tópica e Giurisprudenza*, trad. G. Crifo, ed. Giuffrè, 1962; CH. Perelmann, e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, 5ª edição, Univ. de Bruxelas, 1988, Para algumas visões panorâmicas do pensamento jurídico do século XX, cf. *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Granada, n. 15, 1975, *passim*.

(4) Cf. nosso artigo em *Nomos*, Lisboa, n. 1, 1986, pags. 91 e segs. (em espanhol na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffè, 1983, série IV, LX, pags. 106 e segs.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

década de 40 criaram-se as Universidades Federais nos diversos Estados da federação, e com elas marcava-se uma transição pelo menos formal. O advento das Universidades correspondeu entretanto a uma crescente influência norteamericana sobre a cultura e as ciências, inclusive as ciências sociais. A sociologia, por exemplo, confundida com a teoria política — ou mal delimitada em relação a ela — durante as décadas 20 e 30, assumiu o empirismo e dotou-se de novas configurações conceituais (5). Aquela influência, contudo, ocorreu em pequena escala na área dos estudos jurídicos, nos quais prevaleceu genericamente nossa secular vinculação aos modelos teóricos e positivos do chamado sistema continental-europeu (6). No campo do Direito Público é que alguns novos autores norteamericanos tiveram entrada, mas nesse campo a presença de autores de língua inglesa vinha dos fins do século XIX, com a problemática do presidencialismo e do federalismo, e com as citações de Rui Barbosa.

Vale talvez anotar, aliás, que no Brasil os primeiros estudos de ciência social, inclusive de sociologia, surgiram em correlação com a própria cultura jurídica, dentro dos debates do grupo de Tobias Barreto no Recife, e, posteriormente, com os estudos de Joaquim Pimenta (já no século XX), e também com os iniciadores da sociologia criminal no sul do país (7).

Dos fins da década 50 até o movimento militar de 1964 um certo nacionalismo político-econômico-cultural expressou-se através do Instituto Superior de Estudos Brasileiros (ISEB), que coordenou e incentivou reflexões histórico-filosóficas destinadas à reinterpretação da realidade nacional, elaborada com base em uma junção de influências que iam de Ortega aos existencialismos, tendo tido contudo repercussão

---

(5) Naquelas décadas, nas quais a filosofia social de Alberto Torres e outros se convertia em doutrina política, alguns nomes se destacaram na Sociologia, inclusive o de Oliveira Vianna. Entretanto caberia a Gilberto Freyre, sobretudo a partir de 1933 com « Casa Grande e Senzala », elaborar uma interpretação relativizante e plurimetodológica da sociedade brasileira. A polêmica contra Freyre teve como um de seus principais representantes Joaquim Pimenta.

(6) René David usa a expressão « Sistema romano-germânico » (*Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1966). Para uma visão mais ampla e com outro esquema, Mario G. Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, trad. A. Bastos e L. Leitão, Ed. Presença/Martins Fontes, Lisboa, 1979.

(7) Na década 40 começariam a surgir no país alguns estudos « maiores » de sociologia jurídica, incluindo-se as obras de Queiroz Lima. Em 1950 publicaria Evaristo De Moraes Filho seu valioso ensaio epistemológico *O problema de uma sociologia do Direito* (Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro). Para o assunto cf. Leonel Severo Rocha, *Le destin d'un savoir: une analyse des origines de la sociologie du droit au Brésil*, em *Droit et société* (Paris, LGDJ) n. 8, 1988, pags. 105 e segs.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

muito pequena sobre a teoria jurídica (8). Após 1964, instalado o governo militar, as Universidades continuaram absorvendo influências norteamericanas. Este período, entretanto, correspondeu à permanência de uma geração de professores e de autores que vinham das décadas 30 e 40: uma geração caracterizada pelo autodidatismo e pelo ecletismo, com alguns defeitos na formação acadêmica, mas portando alguns brilhantes nomes e produzindo algumas obras de grande importância.

Ao mencionar os ano 30 e 40, é necessário aludir a um fenômeno de âmbito geral, com pequena mas expressiva incidência no Brasil. Os ásperos tempos das ditaduras de direita expulsaram de seus países de origem muitos intelectuais de alto porte, que emigraram para as Américas: vaños filósofos espanhóis foram apra o México, alguns filósofos e juristas alemães emigraram para os Estados Unidos. Deste modo foram para São Paulo alguns eminentes juristas italianos, destacadamente Enrico Liebmann e Tulio Ascarelli. Com a alusão a este fato, que teve decisivas consequências para a processualística e para a privatística no Brasil, cabe assinalar a estas alturas a presença de uma constante linha italiana em nossa teoria geral do Direito. Esta linha começa a fazer-se mais visível com os anos 40, inclusive pela obra de Reale — com seu libro sobre os *Fundamentos do Direito* em 1940 —, e talvez em correlação com a vertente italianizante do « integralismo » político atuante no Brasil de então.

Nas décadas iniciais do século alguns autores de Direito público se achavam comprometidos com una teoria positivista do Direito (Pedro Lessa por exemplo). Referimo-nos ao positivismo ainda oitocentista. O mesmo se poderá dizer dos principais comentadores do Código Civil de 1916, embora em alguns destes o positivismo se achasse temperado pela influência benéfica de François Gény. A partir da década 50, os publicistas passam a preocupar-se um pouco menos com a república e com o federalismo, e passam a ocupar-se mais com a problemática da democracia: chegam (ou retornam) ao primeiro plano as questões sobre partidos, sistemas eleitorais, representação, limitação do poder, intervencionismo estatal (9).

---

(8) Um dos pensadores do direito que durante breve fase teve ligações com o grupo foi de certo modo Machado Neto. Na verdade houve certa desconfiança dos juristas em face da marca ideológica do movimento (aparente ou parcialmente « de direita », em conexão com o então chamado desenvolvimentismo). Na verdade alguns de seus integrantes passaram, após 1964, para o marxismo. A propósito do problema da « autenticidade » da cultura nacional, escrevemos em 1966 o artigo « O jurista brasileiro e o pensamento jurídico europeu » (incluido depois em *Velha e Nova Ciência do Direito*, ed. UFPE, Recife, 1974).

(9) Como exemplo da literatura publicística da transição para o século XX podemos citar Amaro Cavalcanti, *O Regimen Federativo e a Republica Brazileira*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1900. Como amostra da civilistica de logo após o

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Com relativo atraso difundiu-se no Brasil o pensamento de Kelsen. Citado por uns poucos autores antes da Década 50 (por exemplo, Reale em sua *Teoria do Direito e do Estado*), Kelsen passou a ser crescentemente mais conhecido após essa década. O conhecimento de sua obra, por parte de cultores da filosofia jurídica, e mesmo da Teoria do Estado ou do Direito Constitucional, viria a ser maior, por exemplo, do que o de Carl Schmitt, e substituiria as citações de August Thon e Hermann Isay, presentes em uns poucos autores das décadas precedentes. Com as divergências em torno da obra de Kelsen, revigoraram-se alguns interesses temáticos: não somente o interesse pelo conceito de ordenamento, mas também a revisão dos supostos epistemológicos do saber jurídico. O conceito de ordenamento, vindo de Santi Romano e difundido depois por Bobbio, preparou os pensadores para outros temas e outros problemas, inclusive os problemas trazidos pelo conhecimento da obra de Carlos Cossio (10). Na verdade a teoria de Cossio, como visão por assim dizer « interna » do fenômeno jurídico, não acentuou o conceito de ordenamento, o mesmo ocorrendo no Brasil com seu discípulo Machado Neto.

Durante a ditadura militar (1964-1985?), o formalismo metodológico ínsito na doutrina kelseniana — e com menos radicalidade na de Bobbio (11) — terá servido de posição como que « neutra », para a despolitização do ensino do Direito. Entretanto as implicações epistemológicas transformaram o kelsenismo, desde 1960 reformulado em alguns itens pelo próprio Kelsen, em divisor de águas: os antigos jusnaturalismos católicos se afastaram, e outros positivismos totalmente distintos do de Kelsen continuaram presentes entre os cultores do Direito positivo.

Código, citaremos o comentário clássico produzido por seu próprio autor: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clovis Bevilaqua, Libraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916 (no inicio do primeiro volume, referências ao « ideal » codificador e às « formações orgânicas » ocorrentes dentro da evolução do Direito).

(10) Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2ª edição com acréscimos (Sansoni, Firenze, 1945); Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960 (*Teoria do ordenamento jurídico*, trad. C. de Cicco e outros, ed. UnB, Brasilia 1989). Já em 1958, em artigo sobre lacunas, na *Revista Jurídica*, n. 35, o professor Ruy Cirne Lima empregava o termo « ordenamento »; em 1961, na mesma publicação (n. 49), voltaria ao assunto. Em 1973 a *Revista Brasileira de Filosofia* (São Paulo) estampava o artigo do professor português José Hermano Saraiva, *Para uma visão coerente do ordenamento jurídico* (vol. 23, fasc. 91). Vale lembrar ainda o artigo de João Batista Da Silva, *O ordenamento jurídico na teoria pura do Direito*, nos *Arquivos do Ministério da Justica*, vol. 38 (1981).

(11) Cf. nosso estudo: *Norberto Bobbio: um formalismo jurídico mitigado*, na *Revista de Ciencias Sociales* da Univ. de Valparaíso, Chile, n. 30, 1987, pags. 85 e segs. (ora incluido em *Teoria do Direito e Critica Histórica*, ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1987).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Concentremo-nos, porém, nas décadas posteriores a 1950. Convergem e divergem as correntes pre-existentes; cruzam-se, recusam-se, combinam-se. Crescem as preocupações epistemológicas. A reorganização do ensino superior, gerando efeitos a partir de 1970, apresenta-se dúplice: estimulam-se as pesquisas, criam-se cursos chamados de « Mestrado », mas uniformizam-se em excesso os padrões de trabalho nas Universidades Federais, burocratizam-se em demasia certos setores, dificulta-se o trabalho criador.

A assimilação da problemática axiológica, devida em grande medida à discussão sobre cultura e valores contida na *Filosofia do Direito* de Miguel Reale, viria a determinar no país, em certo sentido, nova distinção entre posições. Ou seja, de um lado se situariam os autores que vêm aceitando para a teoria jurídica a reflexão sobre valores, com suas implicações metafísicas, e de outro lado se colocariam os que não a aceitam, seja por adotarem a perspectiva formalística seja por praticarem algum positivismo menos sofisticado. Poderíamos do mesmo modo aludir à noção de cultura como ponto de referência para tal separação: teorias do direito onde se acolhe a perspectiva cultural (como a de Reale, ou como a de Djacir Menezes nas obras últimas) e teorias onde não se acolhe tal perspectiva.

Retomemos contudo a referência à obra e ao pensamento de Miguel Reale. Para o período que se inicia com a década 50, a continuidade de sua presença é sem dúvida um aspecto fundamental. Dizemos continuidade de sua presença, sem embargo de que algumas alerações tenham ocorrido em seu pensamento. A *Filosofia do Direito*, publicada em 1953, trazia novidades em relação à obra sobre os *Fundamentos do Direito*, de 1940, e também em relação à *Teoria do Direito e do Estado*, aparecida neste mesmo ano. No livro intitulado *Horizontes do Direito e da História*, de 1956, Reale reuniu diversos ensaios jurídico-filosóficos, alegando no texto introdutório a « necessidade de buscar na história o pulsar da espécie humana », e também as « razoẽs concretas da atividade jurídica ». O último ensaio do livro, « Para um criticismo ontognosiológico », constituiu-se em um dos fundamentos da própria teoria de Reale (12). O tridimensionalismo de Reale, como é sabido, relacionou-se de alguma forma com certas formulações do pensamento político e jurídico europeu das primeiras décadas, inclusive a teoria da Integração apresentada no Direito público alemão por Rudolf Smend (13); por outro lado distinguiu-se de outras

(12) Miguel Reale, *Horizontes do Direito e da História*, ed. Saraiva, São Paulo, 1956.

(13) R. Smend, *Constitución y derecho constitucional*, trad. J. M. Beneyto, ed. CEP, Madrid 1985 (sobre esta obra cf. artigo de B. Sordi em *Quaderni Fiorentini (per la storia del pensiero giuridico moderno)* n. 18, 1989, pags. 643 e segs. — Sobre o tema cf. D. García Belaunde, *Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico*, em C. Lafer e Tercio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teorias análogas pela inclusão da chamada dialética de implicação e polaridade, segundo a qual cada componente, isto é, cada dimensão do direito se encontra necessariamente relacionada às outras, que se lhe contrapõem dentro de um conjunto complexamente estruturado (14).

Dir-se-ir que em certa medida a ligação de Reale com a cultura italiana protegeu-o dos extremismos doutrinários, e até de um certo expressionismo mais que literário, que os autores alemães das décadas 20 e 30 revelaram. Sua inicial passagem pelo bidimensionalismo, sobretudo concernente ao binômio Direito-Estado, teve o que ver, por outro lado, com a temática político-filosófica de seus primeiros livros. O binômio fato/valor, em face do qual o ingrediente « norma » teria sido pensado como um meio ou um instrumento de ligação, refletiria a dualidade política/direito (15).

Consideramos válida a apreciação do professor Luigi Bagolini, que, em artigo de 1953, sublinhava a relevância do nexo entre história e valores na posição de Reale (16). Na verdade, entretanto, a menção à história pesa menos naquela posição do que a alusão aos valores, já que Reale aproveitou dos neo-kantianos mais a problemática da cultura — haurida inclusive em Rickert com a « referência ao valor » — do que a da historicidade. Mais ainda, parece haver uma certa ambigüidade na utilização realiana da idéia de história, que em seu esquema deveria conter-se no plano (ou na dimensão) do *fato*, mas que em realidade se projeta também na dimensão (e nos « horizontes ») do *valor*.

É cabível observar contudo que a posição filosófica fundamental de Reale, sempre mantida fora de extremismos (inclusive com sua discutível mas significativa noção de « ontognosiologia »), permitiu-lhe conservar sempre aberto o seu sistema (17). Permitiu-lhe também (e com isto talvez tenha incorrido em algum excesso) acolher e passar para dentro da doutrina tridimensional algumas formulações surgidas depois

---

S. Ferraz Jr. (organizadores), *Direito-política-filosofia-poesia. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário* (Saraiva, São Paulo 1992) pag. 185.

(14) Para uma brilhante comparação entre o tridimensionalismo de Reale e o « trialismo » de Werner Goldschmidt, M. A. Ciuro Caldani, *Comprensión trialista de la tensión entre hechos y valores*, em *Direito-política-filosofia-poesia*, pág. 207 e segs.

(15) A preocupação inicial de Reale, no sentido de manter (contra o monismo kelseniano) o dualismo Direito-Estado, correspondeu ao binômio fato-valor. Posteriormente, refundindo a obra em sentido tridimensional, o autor conservaria nos itens iniciais a alusão ao dualismo Direito-EStado. Cfr. *Teoria do Direito e do Estado*, 3ª ed., Martins, São Paulo 1972.

(16) Luigi Bagolini, *Derecho e historia en el pensamiento brasileño,* em *Estudios Americanos* (Sevilla), vol. VI, n. 25, out. 1953. Cf. nosso artigo *A Filosofia do Direito no Brasil em sua fase mais recente* (em *Nomos*, Lisboa, n. 1, junho 1986), pag. 97.

(17) Devemos ser sistematicos, mas deixando abertos nossos sistemas, advertia em 1937 Alfred Whitehead (cfr. *Modos de Pensamiento*, trad. J. Xirau, Ed. Losada, B. Aires, 1944, pág. 16).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de criada a doutrina, como por exemplo a teoria dos modelos, proveniente da teoria neopositivista das ciências e também da lógica. Reale incorporou à sua doutrina a noção de *modelos jurídicos*, tomando-a inclusive como provável substituta das chamadas « fontes formais » e como referencia conceitual para superação da clássica (« sempre ambígua ») distinção entre fontes formais e fontes materiais (18). Também incorporou a concepção capograssiana de « experiência jurídica », cuja plasticidade permitiu-lhe adaptá-la às suas ideias. Recolheu igualmente a temática da « Teoria da Comunicação », através da correlação entre a teoria dos modelos e a problemática da « Semântica jurídica » (19). Evidentemente estas « recepções » atestam a vitalidade do pensamento realiano, na medida em que sua atenção à concreteza e ao próprio diálogo geral das teorias resulta em reformulações rejuvenescedoras. Às vezes, contudo, o que ocorre é mais um amplo repasse ou reexame de suas próprias idéias, e de sua possibilidade de renovação, do que a permanência do *tridimensionalismo* como tal.

Seja como for, tem sido muito grande a influência do pensamento de Miguel Reale. Mais, seguramente, uma influência genérica, concernente aos estudos de filosofia geral e jurídica (e também aos estudos sobre a história das idéias nacionais), do que uma sistemática formação de discípulos. Luiz Washington Vita e Teófilo Cavalcanti, que trabalharam com Reale em sua cátedra nos anos 50 e 60, não se tornaram tridimensionalistas (20). Um nome de grande destaque, dentre os que durante certo tempo colaboraram com Reale em seu magistério, é o de Renato Cirell Czerna, um pensador muito identificado com as grandes correntes do idealismo alemão — sobretudo as do século passado —, grande conhecedor do pensamento filosófico da época de Hegel e de Schelling (21). Poderíamos, ainda, mencionar aqui outros autores como por exemplo Paulo Dourado de Gusmão, Machado Paupério, Oliveiros Litrento, Aloysio Ferraz Pereira e Paulo Nader.

Seja-nos permitido abrir aqui um parêntese para mencionar um outro aspecto da cultura jurídica brasileira, visível nos anos posteriores

---

(18) *O Direito como experiência* (Ed. Saraiva, São Paulo 1968), Ensaio VII, item IV (pags. 167 e segs.).

(19) *O Direito como experiência*, cit., pags. 173, e segs.

(20) Luis W. Vita, *Namoros com Temis. Notas de Ciência e Filosofia do Direito*, Ed. Mestre Jou, São Paulo 1958. Téofilo Cavalcanti Filho, *Teoria do Direito*, Ed. Bushatsky, São Paulo, 1976. Poderíamos lembrar ainda os trabalhos de Luiz Luisi e Silvino Lopes Neto, em Porto Alegre, bem como, posteriormente, Tercio S. Ferraz Jr. e Celso Lafer em São Paulo.

(21) Hoje residindo em Roma, Renato Czerna publicou em 1955 seu primeiro livro importante: *A Filosofia Jurídica de Benedetto Croce* (São Paulo, Rev. dos Tribunais), e em 1981 sua erudita tese acadêmica *Direito e Estado no Idealismo Germânico. Schelling e Hegel*. Seus principais trabalhos estão reunidos no volume *Justiça e História*, ed. Convívio/EDUSP, São Paulo 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ao fim da Segunda Guerra. Trata-se da crise da privatística e do crescimento do Direito público: neste espaço se incluem os debates sobre a unificação do Direito privado e o aumento dos « ramos » do Direito público. Possivelmente um problema universal, como se se cumprissem os clássicos receios de Ripert e de Savatier (22). Neste *essor* da publicística brasileira se situa a obra monumental de Pontes de Miranda, que de resto trabalhou muito no âmbito do Direito privado (inclusive com um enorme *Tratado* em sessenta volumes), tanto quanto no Direito constitucional e no processual civil. Pontes, um fisicalista oriundo do néopositivismo e provido de vasta erudição em ciências sociais e em Direito, deixou como obra de juventude o pesado « Sistema de Ciência Positiva do Direito », cujos fundamentos sociologistas e naturalísticos jamais reviu nem retificou, embora nas obras dogmáticas posteriores, o Tratado entre elas, seu positivsimo jurídico tenha omitido ligações expressas com o sociologismo e com o naturalismo (23).

Em contrapartida vale registrar também, dentro do crescimento do Direito público, os progressos do Direito tributário nos últimos trinta anos (e talvez em relação com as complicações vividas durante os governos militares implantados a partir de 1964). Duas observações entretanto: primeiro a cega vinculação por parte de alguns tributaristas brasileiros (mormente na PUC de São Paulo) à metodologia kelseniana (24); segundo, o estilo de certos autores durante este período, comparável ao rebuscamento da linguagem que encontramos entre os civilistas de logo após a vigência do Código Civil Brasileiro, de 1916.

Cerremos porém o parêntese e retomemos o tema principal. Enquanto, nas décadas 50 e 60, o tomismo (neotomismo) declinava nas Universidades Brasileiras, começava a consolidação do marxismo, quer

---

(22) Cf. nosso estudo *Sobre a renovação do Direito Público*, ora em *Teoria do Direito e Crítica Histórica*, op. cit. — No caso do Brasil, a crise da privatística se agravou mais ainda com o desestímulo ao estudo do Direito Romano, marginalizado nas Faculdades de Direito após a Reforma do Ensino de 1968-1970. Sobre a mencionada crise, v. artigo de Glaucio Veiga no *Jornal do Comércio* (Recife) de 28 de outubro de 1966.

(23) Sobre Pontes de Miranda cf. Silvio De Macedo, *Pontes de Miranda e a universalidade de sua mensagem cultural*, Ed. Forense, Rio de Janeiro 1982. Ver também os estudos apresentados no colóquio *Scienza Giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda* (a cura di G. Carcaterra, M. Lelli e S. Schipani), Padua, Cedam, 1981. Ao lado de Pontes, cabe indicar a figura de Djacir Menezes, de início neopositivista, com obras sobre economia, sociologia, filosofia e direito. Em seus livros mais recentes, Menezes acentuou seu pendor hegeliano, tendendo simultaneamente a um espécie de « culturalismo dialético »: cf. *Tratado de Filosofia do Direito*, ed. Atlas, São Paulo 1980; *Motivos alemães*, Ed. Catedra, Rio de Janeiro 1977; *Premissas do Culturalismo dialético*, Ed. Catedra, Rio de Janeiro 1979.

(24) Cf. o breve registro crítico em Ricardo Lobo Torres, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro 1993, pag. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como contraponto de reivindicações partidárias quer como reação, a partir de 1964, às repressões do governo militar. Durante certo tempo as referências dos marxistas ao Direito se apoiavam sobretudo nos trandes autores « clássicos »: Stucka, Strogovitch, Pashukanis, Vishinsky. O Direito, linearmente visto como *Ueberbau* e em correlação com a dominação de uma classe, estaria fadado a parecer quando do advento de uma sociedade sem classes. Somente a partir das décadas 60 e 70, com o conhecimento dos trabalhos da chamada « Escola de Frankfurt », o marxismo brasileiro se renovou: passou-se inclusive a aludir com certa frequência ao tema da utopia, reabilitado como « esperança » por Ernst Bloch em seu livro mais famoso.

A menção ao marxismo nos levaria a tratar dos sociologismos. Mais precisamente, dos autores que têm feito teoria geral do Direito em termos sociològicos, ou que, de outro modo, têm conjugado a filosofia e a sociologia jurídicas Este tipo de trabalho, mais frequente nas décadas anteriores a 50, reaparece vez por outra, inclusive em conexão com un certo ecletismo. Com isso mencionamos autores que tentam conciliar axiologia e sociologia empiríca, ou fenomenologia e positivismo, ou Heidegger e Marx.

Em ubicação oposta se encontram os formalismos. Já os mencionamos algo acima. No Brasil, um grupo de estudiosos havia, desde as décadas 30 e 40, travado conhecimento com os pensadores do « Círculo de Viena »; entre aqueles estudiosos cabe aludir a Pontes de Miranda, Mário Lins e Djacir Menezes, dos quais o primeiro e o último teriam relação direta com a literatura jurídica. O conhecimento de temas do neopositivismo não levou entretanto tais autores a conjugá-los com a fenomenologia, esta tardiamente conhecida no país. O contacto com a « Teoria Pura » de Kelsen, através principalmente da obra de Reale, levou os professores de Filosofia e de Direito Público a reverem os fundamentos daquela teoria, que incluem a fenomenologia, o neopositivismo e algo do neokantismo. Entretanto o vigoroso íncubo kelseniano difundiu amplamente o interesse pela lógica jurídica, além da renovação dos debates metodológicos e epistemológicos (25). A influência de Bobbio, que no Brasil tem sido maior no campo dos estudos políticos, expressou-se na teoria jurídica sobretudo no concernente à

(25) Aqui indicaremos alguns dos cultores da lógica jurídica e da epistomologia. No caso, A. Franco MONTORO, *Introdução à ciência do direito* (12ª edição, Rev. dos Tribunais, São Paulo 1987), princ. no volume I; LOURIVAL VILANOVA, *Lógica jurídica*, São Paulo, Bushatsky 1976; *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo* (Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1977); Luis Fernando COELHO, *Lógica jurídica e Interpretação das leis (Forense, Rio de Janeiro 1979); Silvio DE MACEDO, Lógica jurídica*, Maceió 1966. Nesta linha situamos alguns trabalhos de Maria Helena DINIZ, inclusive *As lacunas do Direito* (Ed. Saraiva, São Paulo 1989) e *Ciência jurídica* (São Paulo, Resenha Tributária 1982).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conceituação do juspositivismo, na teoria da norma e na do ordenamento (26).

O entrecruzamento de correntes — formalismos e sociologismos, historicismos e axiologia — deixou pouco espaço para a permanência do jusnaturalismo. E este é um aspecto que convém registrar. Enquanto no século dezenove, e nos primeiros decênios do vinte, o catolicismo forneceu bases e estímulos para uma visão jusnaturalista do direito, através sobretudo do neotomismo — sempre citado o livro de Filosofia do Direito de Victor Cathrein —, a partir da década 50 de nosso século a corrente jusnaturalista se viu como que entregue a si mesma. Ou antes: perdido o apoio maior com o recuo do tomismo para um plano secundário, os adeptos do Direito Natural se valeram dos livros de Del Vecchio e de Radbruch, valiosos mas cada vez menos presentes nas discussões maiores. O tridimensionalismo não constituiu um juspositivismo propriamente dito, mas não era tampouco um jusnaturalismo. Entretanto alguns autores têm sustentado a fé no Direito Natural, alguns com certa expressão, como por esemplo José Pedro Galvão de Souza (27).

De qualquer sorte o sentido da problemática do valor no tridimensionalismo realiano era bastante distinto do que teve, por exemplo, na teoria egológica de Cossio. Nesta a referência a valores é de certo modo lateral, em face da fundamental preocupação gnosio-epistemológica da teoria, embora os valores estejam mencionados em conexão com a ontologia da conduta. É realmente intensa e enfatica a alusão de Cossio à imanente relação do Direito com os valores (e desvalores) da conduta (28). Na teoria tridimensional o valor aparece como elemento estrutural do objeto denominado Direito, ou seja, uma dimensão correlata de

---

(26) Cf. nota (11), *supra*. Na Argentina a influência da « corrente analítica » seria entretanto mais larga e mais complexa. Veja-se o livro (na verdade, algo parcial) de M. ATIENZA, *La filosofia del derecho Argentina actual* (B. Aires, Depalma 1984), parte III.

(27) J.P. SALVAO DE SOUZA, *Direito Natural, Direito positivo e Estado de Direito*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1977. Em 1980 GALVAO DE SOUZA retomaria o tema no volume coletivo *O Estado de Direito* (Rev. dos Tribunais, São Paulo), correspondente às « Primeiras jornadas Brasileiras de Direito Natural ». — Com referência a REALE, convém aludir ao reexame do problema, que aparece no texto inicial do livro *Direito Natural — Direito Positivo* (*Saraiva,* São Paulo 1984). — Na primeira metade do século o jusnaturalismo tomista tivera dois ilustres representantes em São Paulo, os professores Leonardo VAN ACKER e Alexandre CORREIA. Vários estudos deste último foram recentemente reunidos no volume *Ensaios Políticos e Filosóficos* (ed. Convívio/EDUSP, São Paulo 1984).

(28) Carlos COSSIO, *La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (2ª edição, Abeledo — Perrot, B. Aires 1964): cf. Parte Fundamental, cap. II, págs. 308 e segs. Por exemplo, isto: « la exploración ontológica del ser jurídico va a radicarse en el problema de los valores jurídicos », p. 308. No Brasil o grande seguidor de Cossio foi A.L. MACHADO NETO, anteriormente orteguiano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

outras duas — o fato e a norma — e como elas integrado em uma conexão recíproca, a que Reale chama de « dialética de polaridade e implicação ».

* * *

Anotemos alguns aspectos mais recentes. A mencionada reforma universitária, que a partir de 1970 gerou efeitos antinômicos, trocando os velhos modelos alemão e francês — com o doutorado e a livre-docência —, por um discutível modelo norteamericano, manteve ambivalências que permanecem ainda hoje. Enquanto isso a influência da obra de Heidegger, e do *modo* heideggeriano de questionar e pensar, sustentou-se através de alguns discípulos constantes e de estudiosos mais ou menos fiéis. Menos, entretanto, do que em outros países (29).

A partir da década 80, foi marcante a influência do pensamento de John Rawls, com cuja difusão não deixou de ter relação a onda do neo-liberalismo, fortalecida no Brasil. Em 1981, divulgou-se uma tradução do livro principal de Rawls, valorizado por muitos setores pela retomada da problemática contratualista, do enfoque kantiano e de certos conceitos éticos clássicos (30).

Um recebimento da obra principal de Viehweg, com sua problemática dos *Topoi*, ocorreu a partir dos anos 80, com os estudos dos professores Tércio Sampaio Junior e Luis Fernando Coelho (31). Paralelamente, o pensamento brasileiro em seu plano mais geral vem apresentando uma certa presença do nome e da obra de Habermas, especialmente a parte relacionada com a chamada « crítica da moder-

---

(29) Para uma visão da presença de Heidegger no Brasil, nas décadas 70 e 80, v. J. Mauricio De Carvalho, *A influência das tradições culturais luso-brasileiras no diálogo com Heidegger*, em *Rev. Brasileira de Filosofia*, vol. XLI, fasc. 170, págs. 178 e segs. — Em Portugal, contudo, a marca de Heidegger sobre a teoria jurídica parece um pouco mais acentuada.

(30) John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1976 (reimpressão). A tradução brasileira (*Uma Teoria da Justiça*, Edição UnB, Brasilia 1981) não está isenta de falhas. — Junto à de Rawls, foi recebida à mesma época no Brasil a obra mais famosa de Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978), etambém, no campo da teoria política, o livro de Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, ed. Basic Books, N. York 1974 (*Anarquia, Estado e Utopia*, trad. R. Jungman, Rio de Janeiro, Zahar, 1991). Como no pensamento de Rawls ocorre uma certa parte de kantismo, vale citar o mais importante trabalho sobre Kant no Brasil da segunda metade do século, o de Joaquim Salgado, *A idéia de justiça em Kant*, Ed. UFMG, Belo Horizonte 1986.

(31) T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, op. cit. Entrementes alguns autores no Brasil concentraram sua atenção sobre o termo zetético. Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. Atlas, São Paulo 1988 (em certo sentido, o « zetético » corresponde aqui ao plurimetodológico e ao interdisciplinar); Luis F. Coelho, *Lógica jurídica e interpretação das leis* (op. cit., princ. caps. IX e X), com sentido também completamente amplo para o termo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nidade » (32). Ao mesmo deve-se assinalar uma destacada influência da obra de Niklas Luhmann no campo da sociologia do Direito (e no da filosofia também), particularmente por conta de suas alusões à chamada *autopoiesis* (33).

Poderíamos talvez mencionar a prolongada crise política, correspondente à duração do governo militar (1964-1985 *circa*) como correlato da dispersão e da fragmentação do pensamento jurídico brasileiro das últimas décadas. Possivelmente a presença de uma reflexão política contínua e positiva teria sido um apoio adequado para aquele pensamento. A filosofia jurídica realiana teve relações, desde o inicio, com as obras políticas do próprio Reale, mas em poucos autores temos uma substancial visão das relações entre Direito e política, salvo talvez em Djacir Menezes, Paulo Bonavides e Celso Lafer. Daí a necessidade de se aprofundarem as reflexões concernentes à relação/correlação entre Direito e política. A nosso ver, à abundante literatura política brasileira não tem correspondido um adequado reexame dos fundamentos, nem dos correlatos jurídicos da política. Este reexame, e isto é dito sem jogo de palavras, implicará por certo no estudo dos correlatos políticos do direito. Este ultimo tema, aliás, vem sendo um dos pontos de partida daquilo que alguns chamam de « teoria crítica », e também da posição dos que preconizam um « direito alternativo » (34).

Efetivamente teremos de repensar o problema das teorias jusfilosóficas « como sistemas »: preservar o mérito da sistematização doutrinária mas sem demasiado fechamento polêmico. Em outros termos, cultivar um pensamento jurídico « aberto », não tanto em relação às novidades ou aos modismos, mas no que tange ao diálogo crítico e à informação mais genérica. A cumulatividade, que como uma outra *Aufhebung* ocorre na história das idéias, vai enriquecendo os temas e a substancia do pensamento. Dai a necessidade de preservar também a consciência histórica, dentro do que se tem e do que se cultiva como « pensamento jurídico ».

---

(32) Mencionaremos, por mero exemplo, a publicação *Habermas*, correspondente ao n. 4/vol. IV (outubro 1989) da *Revista Filosófica Brasileira*, da UFRJ, Rio de Janeiro. Parece, contudo, que (cf. *supra*, nota 29, *in fine*) os reflexos do pensamento habermasiano sobre o Direito ainda não são muito grandes.

(33) Cf. Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1987; idem *Sociologia do Direito*, trad. G. Bayer, Ed. TEmpo Brasileiro, 2 volumes, Rio de Janeiro1983. — Em 1986 os *Archives de Phi»losophie du droit* dedicaram o tomo 31 ao tema geral « sistema jurídico », e no artigo de H. ROTTLEUTHNER *Les métaphores biologiques dans la penseé juridique* ocorrem interessantes observações sobre a chamada autopoiesis (pp. 231 ss).

(34) Ou, com expressão mais flexível, « uso alternativo do direito ». O movimento nasceu em conexão com a influência de Roberto LYRA FILHO, altamente polêmica, e vem prosseguindo em vários Estados com base no trabalho de juizes e professores, sobretudo dentro das novas gerações.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Disse alguém que existem filosofias do Direito elaboradas por juristas e filosofias do Direito elaboradas por filósofos. A partir do século XIX a espansão acadêmica do saber jurídico-positivo ensejou a difusão das filosofias do Direito produzidas por juristas. É necessário, entretanto, que o pensamento jurídico produzido por filósofos siga servindo de contraponto (ou de *basso continuo*) ao que fazem os juristas.

No Brasil, a falta de uma maior presença da cultura filosófica tem tido como resultado que poucas filosofias jurídicas de origem realmente filosófica tenham surgido. Este problema segue existindo, tanto mais que, em termos universitários, a colaboração entre as Faculdades de Direito e as de Filosofia è praticamente nenhuma.

O recente interesse por certas correntes filosóficas pode ser, contudo, tomado como um passo para superar distâncias. A influência de Luhmann aproxima juristas e sociólogos, embora poucos, ainda; a de Habermas aproxima heterogeneamente filósofos e juristas. A evolução do problema da hermenêutica, desde os tempos do grande livro de Carlos Marximiliano, de 1924, correspondeu à absorção de uma série de tendências doutrinárias novas, tal como, recentemente, a própria corrente filosófica chamada hermenêutica e consolidada a partir sobretudo de Gadamer (35).

Parece-nos que a sustentação do diálogo com as grandes linhas anteriores, que estão no legado do oitocentos e na primeira metade do século, permitiu aos pensadores dos ultimos quarenta anos vencer de alguma forma a dispersividade e a fragmentação. Feferimo-nos sobretudo aos que, ao lado da especulação pessoal (e potencialmente sistemática) sobre os grandes temas, trabalharam em história-de-idéias e fizeram o constante balanço do pensamento nacional com seus pontos positivos e negativos. Do mesmo modo, o diálogo com os que ocuparam o proscênio durante os mencionados quarenta anos exigirá, dos novos autores — os que hoje falam em pós-modernidade e em « autopoiesis » — um balanço crítico do trabalho da geração anterior mas sem demasiado empenho polêmico. Tem sido característico do pensamento brasileiro, em geral, a referência a valores: como que uma inclinação para a axiologia, que no pensamento jusfilosófico não se encontra apenas na doutrina tridimensional, mas em várias outras formulações. Sem a compreensão da historicidade, apreendida no plano mais genérico e trazida para a visão do legado cultural nacional, o pensamento jurídico permanecerá sem raízes e sem referências: a cumulatividade e as conexões-de-sentido se revelarão com muito mais fecundidade perante uma indagação que inclua o alcance mais profundo das signifi-

(35) Carlos MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Porto Alegre, Ed. Globo, 1928 (9ª edição, Forense 1993). Um breve reexame em nosso livro *Ordem e Hermenêutica*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992, Anexo II, págs. 292 e segs.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cações históricas. E sem a alusão aos valores se perderà de vista a correlação do Direito com a vida, a *praxis* e a politicidade; a possível colaboração entre filósofos e sociólogos se reduzirá a projetos epistemológicos e a questionamentos puramente formais.

Destes propósitos e destas perspectivas cremos que possam nascer os mais adequados reexames e as mais representativas criações, não no caminho de uma pretensa filosofia jurídica « brasileira », mas no de um pensamento jurídico validamente cultivado no Brasil.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL ' CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO ' NELL'ANNO ACCADEMICO 1993/94

Il 17 novembre 1993 il Consiglio della Facoltà giuridica fiorentina ha provveduto a confermare il professore Paolo GROSSI, ordinario di Storia del diritto italiano, quale Direttore del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno per il quinquennio 1994-1998; e i professori Umberto ALLEGRETTI, ordinario di Diritto amministrativo, Pietro COSTA, ordinario di Storia del diritto italiano, Maurizio FIORAVANTI, ordinario di Storia delle costituzioni moderne, Andrea PROTO PISANI, ordinario di Diritto processuale civile, quali componenti il Consiglio del Centro per lo stesso quinquennio.

Il Consiglio del Centro, a sua volta, nella prima riunione del 17 febbraio 1994, ha provveduto a confermare il prof. GROSSI quale Redattore dei ' Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ' per il quinquennio 1994-1998; ha confermato anche quali membri del Consiglio di Redazione i professori ALLEGRETTI, COSTA, FIORAVANTI, PROTO PISANI ed ha nominato, al posto del prof. FIORELLI collocato fuori ruolo dal 1 novembre 1993 quale professore di Storia del diritto italiano, i professori Paolo CAPPELLINI, ordinario di Storia delle codificazioni moderne, e Bernardo SORDI, ordinario di Storia del diritto italiano. Il Consiglio di Redazione vede pertanto il numero dei proprii componenti elevato a sei.

Sono stati graditi ospiti del Centro per un soggiorno di studio la dott.ssa YUKO NISHITANI, della Università di Kyoto, nonché il dott. Manuel MARTINEZ NEIRA, della Universidad Carlos III di Madrid.

Durante il 1994 sono stati pubblicati nella ' Biblioteca ' del Centro i seguenti volumi: (N. 43) *Periodici giuridici italiani (1850-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1900) - Repertorio, a cura di Carlo Mansuino; (N. 44) STEFANO MANNONI, *Une et indivisible - Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I - La formazione del sistema (1661-1815*); (N. 45) LUCA MANNORI, *Il sovrano tutore - Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (sec. XVI-XVIII).*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

JOAQUIN VARELA SUANZES, *La monarquia en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX* 9

LA DIMENSIONE GIURIDICA

PETER LANDAU, *Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann und die Tradition des preussischen Rechts* 57

BARTOLOME CLAVERO, *Ley del codigo: transplantes y rechazos constitucionales por España y por America* 81

LUIGI LACCHE, *A proposito della legislazione sugli " Ateliers dangereux, insalubres ou incommodes ". Scienza giuridica, industrialismo e conflitti di vicinato nella Francia del primo Ottocento* 195

FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Federico Cammeo legislatore - Il contributo alla costruzione dell'ordinamento giuridico dello Stato vaticano* 247

ILSE STAFF, *Costantino Mortati: Verfassung im materiellen Sinn: Ein Beitrag zur Rechtsentwicklung im fascistischen Italien und im Deutschland der Weimarer Zeit und im Nationalsozialismus* 265

FIGURE DELL'ESPERIENZA

THOMAS KUEHN, *Social Processes and Legal Processes in the Renaissance: a Florentine Inheritance Case from 1452* 365

LETTURE

E. BETTI, *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti* (P. Costa) 399

D. DORING, *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biografie Samuel von Pudendorfs* (F. Palladini) 402

S. GAGNER, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen* (P. Cappellini) 410

F. GALGANO, *Lex mercatoria - Storia del diritto commerciale* (U. Santarelli) . . . 420

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter (K. Kroeschell) 428

J.-L. Halperin, *L'impossible Code civil* (G. Cazzetta) 435

P. Lotmar, *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie* (K. Luig). 445

F. Mayorga García, *La audiencia de Santafé en los siglos XVI y XVII* (A. Levaggi) 449

A. Schwennicke, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794* (P. Cappellini) 452

R. Steppacher, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR* (R. Garré) 457

J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)* (P. Costa) 459

G. Vico, *Institutiones oratoriae. Testo critico, versione e commento* (C. Vasoli) . 463

G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia* (M. Fioravanti) 475

Segnalazioni 481

A PROPOSITO DI

Paulo Ferreira da Cunha, *La polémique du premier manuel d'histoire du droit portugais, de Mello Freire* 487

Eduardo Grasso, *Le "storie" di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi* 499

Lorenzo Ornaghi, *Sul rapporto 'logico' tra economia e politica (a proposito di Natalino Irti, Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato)* . . . 523

Nelson Saldanha, *O pensamento jurídico brasileiro contemporâneo* 531

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attivita del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' 1993/94 549

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del ventitreesimo " Quaderno "

Joaquín VARELA SUANZES
Catedrático de Derecho constitucional - Universidad de Oviedo

Peter LANDAU
Ord. Professor für Rechtsgeschichte und Kirchenrecht - Universität München

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Luigi LACCHÈ
Prof. Associato di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Francesco MARGIOTTA BROGLIO
Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni religiose - Università di Firenze

Ilse STAFF
Ord. Professor für Öffentliches Recht - Universität Frankfurt am Main

Thomas KUEHN
Professor of History - Clemson University

Pietro COSTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Fiammetta PALLADINI
Consiglio Nazionale delle Ricerche - Roma

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Firenze

Umberto SANTARELLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Karl KROESCHELL
Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Freiburg im Breisgau

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni CAZZETTA
Prof. Associato di Storia del diritto italiano - Università di Ferrara

Klaus LUIG
Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte - Universität Köln

Abelardo LEVAGGI
Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Buenos Aires

Roy GARRE
Assistent am Rechtshistorischen Seminar - Universität Bern

Cesare VASOLI
Prof. Ordinario di Storia della filosofia medievale ed umanistica - Università di Firenze

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Paulo FERREIRA DA CUNHA
Professor de História do direito - Universidade do Minho, Braga

Eduardo GRASSO
Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Catania

Lorenzo ORNAGHI
Prof. Straordinario di Scienza della politica - Università Cattolica di Milano

Nelson SALDANHA
Professor de Filosofia do direito - Universidade de Recife

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano